



Aspetti e limiti della mediazione in tema di responsabilità medica e sanitaria: materiali per una riforma

di Massimiliano Gianino

INDICE

Capitolo I. Alternative Dispute Resolution e Mediazione civile e commerciale: due modelli a confronto.

- 1) Premessa.
- 2) L'esperienza di Common Law (cenni).
- 3) Responsabilità medica e sanitaria nel Common Law: l'esperienza statunitense.
- 4) Responsabilità medica e sanitaria nel Common Law: l'esperienza anglosassone. Difficoltà di applicazione delle ADR.
- 5) Mediazione civile e commerciale in Italia: il decreto legislativo n. 28/2010.

Capitolo II. Aspetti e limiti della mediazione civile e commerciale in Italia anche in relazione alla R.C. medica.

- 1) Limiti della mediazione civile e commerciale: obbligatorietà quale condizione di procedibilità.
- 2) Limiti della mediazione civile e commerciale: rapporti tra obbligatorietà quale condizione di procedibilità dell'azione, tutela cautelare *ante causam* e onere di instaurazione del giudizio di merito.
- 3) La responsabilità civile medica in Italia.
- 4) La natura giuridica della responsabilità medica: orientamenti giurisprudenziali e oneri probatori.
- 5) Limiti della mediazione civile e commerciale in tema di R.C. medica.
- 6) L'accertamento tecnico preventivo: artt. 696 e 696-bis c.p.c.
- 7) Accertamento tecnico preventivo e consulenza preventiva nei casi di colpa medica.

Capitolo III. La mediazione obbligatoria in tema di R.C. medica e sanitaria in Italia: lo stato attuale.

- 1) Sentenza Corte Cost. 272/2012 quale “spartiacque” tra vecchia e nuova mediazione civile e commerciale.
- 2) La mediazione civile e commerciale alla luce del “decreto del Fare”
- 3) Il “Decreto Balduzzi” e il tentativo di riordino della R.C. medica e sanitaria
- 4) Vivace contrasto giurisprudenziale in tema di R.C. medica e sanitaria: il caso del Tribunale di Milano.

Capitolo IV. Negoziazione assistita e Mediazione civile e commerciale a confronto: materiali per una riforma.

- 1) Recenti modifiche legislative: decreto legge 12 settembre 2014 n. 132 convertito in legge 10 novembre 2014 n. 162: la “negoziiazione assistita”.
- 2) Problematiche inerenti all’entrata in vigore della cd. “negoziiazione assistita”.
- 3) Ultimissime novità riguardo al panorama normativo circa la responsabilità medica: legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. legge “Gelli-Bianco”).
- 4) Problematiche inerenti al “consenso informato.”
- 5) Prospettive di riforma.
- 6) Conclusione.

Bibliografia essenziale

CAPITOLO I

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION E MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE: DUE MODELLI A CONFRONTO.

1. Premessa.

Il ruolo assegnato alle norme giuridiche è, tradizionalmente, quello di regolamentare la convivenza civile. L'evolversi dei tempi, il progresso scientifico e tecnologico, lo sviluppo delle realtà socio-economiche impongono la necessità che ciascun ordinamento giuridico modifichi e adegui le proprie norme alle esigenze dei propri consociati. Allo stesso modo, l'esercizio del potere giurisdizionale (in alcuni casi dilatorio e farraginoso) deve lasciare spazio alla nascita e al consolidamento di tecniche di risoluzione delle controversie e di "accesso alla giustizia" strutturate in organismi stabili e funzionali. È questo il sistema della mediazione.

Il termine mediazione viene generalmente utilizzato per indicare una pluralità di strumenti di risoluzione dei conflitti di natura non contenziosa affermatasi, in primo luogo, nei Paesi permeati dal sistema di *Common law* (Regno Unito, Irlanda, Stati Uniti d'America, Australia, Nuova Zelanda, Malta), e successivamente penetrati e adottati dalla cultura giuridica dell'Europa Continentale, storicamente caratterizzata dal sistema di *Civil law*. Le ragioni che potrebbero spiegare il crescente interesse all'introduzione e allo sviluppo della mediazione sono molto eterogenee:

- velocità con cui gli individui possono risolvere le loro controversie;
- possibilità di controllare il contenzioso processuale in atto, favorendo la riduzione dei tempi;

- l'ausilio di terzi (al di sopra delle parti) esperti in quella determinata fattispecie;
- la riduzione dei costi del contenzioso instaurato;
- la possibilità di porre in essere una soluzione personalizzata alla relativa controversia;
- la riservatezza garantita dal procedimento;
- la deflazione del carico giudiziario.

Vi è chi ha sottolineato alcuni svantaggi della mediazione, quali ad esempio l'indebolimento dei soggetti più vulnerabili, la scelta di regole che offrirebbe vantaggi maggiori alla parte economicamente più forte o più avvezzata a questi sistemi di risoluzione.

Attualmente, la mediazione (e più in generale la risoluzione stragiudiziale delle controversie) è ampiamente riconosciuta dai legislatori di molti paesi, a prescindere dall'appartenenza al sistema di *common law* o di *civil law*, ciascuno con le proprie specificità.

2. L'esperienza di Common Law (cenni).

Con l'espressione *Alternative Dispute Resolution* (ADR) si esprime il complesso delle attività poste in essere dagli ordinamenti giuridici al fine di risolvere le controversie tra privati. Lo sviluppo della *mediation* era avvenuto, soprattutto negli Stati Uniti d'America intorno agli anni Settanta, per far fronte agli inconvenienti e alle inefficienze che affliggevano l'amministrazione della giustizia di oltre oceano, specialmente nel settore civile, commerciale e del lavoro.

Ad una prima analisi, appare difficoltoso, se non fuorviante, ricondurre le ADR a un sistema unitario: come abbiamo già accennato, di tratta di molteplici attività, ognuna delle quali distinta dalle proprie peculiarità. Pertanto, in questa sede,

sembrerebbe opportuno illustrare le tipologie più in uso nell'ambito del sistema anglo-americano.

Si è soliti raggruppare le *Alternative Dispute Resolution* in quattro “categorie” fondamentali:

- a) arbitrato;
- b) ricorso all'ombudsman;
- c) conciliazione;
- d) mediazione.

a) L'arbitrato è una forma di giudizio. Le parti presentano prove e argomentazioni a un terzo neutrale (detto appunto arbitro) il quale dirime la contesa, emettendo un lodo. A sua volta, è possibile distinguere l'arbitrato in *arbitrato contrattuale* e *arbitrato su ingiunzione del tribunale*.

Nell'arbitrato contrattuale le parti convengono di sottoporre la propria controversia a un arbitrato vincolante. L'accordo sull'ipotesi del ricorso a un arbitrato può essere stipulato dalle parti all'inizio della loro relazione (commerciale o di altro genere vertente su diritti disponibili) o al momento dell'insorgere di una controversia. Con il ricorso a tale risoluzione stragiudiziale, si registra un duplice vantaggio: da un lato, le parti, scegliendo volontariamente il proprio arbitro, affidano la loro controversia a un soggetto al quale riconoscono particolare cognizione e competenza circa l'oggetto del contendere; dall'altro, le parti affrontano spese sensibilmente più contenute rispetto all'eventuale ricorso al procedimento giurisdizionale ordinario. Il ricorso a tale forma di arbitrato ha riscosso maggior successo nelle vertenze tra lavoratori e datori di lavoro nell'ambito dei contratti collettivi, nelle controversie tra costruttori, appaltatori e architetti e nell'ambito delle liti tra promotori finanziari e clienti.

L'arbitrato su ingiunzione del tribunale, invece, ha impulso dall'invito del tribunale rivolto alle parti affinché la controversia sia demandata a un terzo neutrale. L'arbitro, in tal caso, dopo aver sentito succintamente le parti, offre una valutazione oggettiva del caso. Tale valutazione, esternata in un dolo, nella maggioranza dei casi risulta sufficiente ai fini della risoluzione della controversia¹.

b) Mutuato dall'esperienza svedese, il ricorso all'ombudsman ha riscosso maggior successo in Inghilterra in tutti quei casi dove i privati cittadini, una volta sperimentato il ricorso ai propri legali di fiducia (e non essendone soddisfatti), decidono di rivolgersi a questa sorta di "difensore civico" per tutte quelle controversie ove risulta anti-economico rivolgersi alle corti.

Esistono *ombudsmen* specificamente negli ambiti assicurativi e finanziari, dunque nei rapporti tra banca e cliente, tra cliente e assicurazione, tra investitori e intermediari finanziari. Il "difensore civico" in ultima istanza non fornisce una decisione necessariamente corretta sotto il profilo legale e procedurale ma solitamente fissa un risarcimento o suggerisce un indennizzo dettato dal buon senso. Promuovendo una soluzione di tipo equitativo, fornisce un accordo soddisfacente a tutti coloro che desiderino evitare il ricorso a un contenzioso per via ordinaria che, il più delle volte, appare dilatorio².

c) La conciliazione rappresenta, forse, la forma più diffusa di risoluzione alternativa alle controversie. Il ruolo del conciliatore è, essenzialmente, quello di promuovere l'incontro delle parti al fine di giungere a un risultato finale che le soddisfi. Tale incontro può avvenire in sessioni congiunte o in riunioni private.

¹ Per un approfondimento, cfr. Peeples R. *"ADR: un panorama delle alternative alla causa civile"* in *"Rivista del Notariato"* Edizioni Giuffrè, Milano 2003, fascicolo 1, p. 11.

² Per un approfondimento, cfr. Pera A., Riccio G.M. (a cura di) *"Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale."* CEDAM, Padova 2011, p. 99.

Nelle sessioni congiunte, le parti in causa e i loro legali presentano e si scambiano direttamente informazioni e proposte, il tutto coadiuvato dal conciliatore. Nelle riunioni private, il conciliatore riceve separatamente le parti e ricava informazioni al fine di ottenere proposte utili alla risoluzione del caso. Obiettivo ultimo del conciliatore è la promozione di un accordo finale. Come nel caso dell'arbitrato, è possibile distinguere la conciliazione in conciliazione volontaria (o facilitativa) e in conciliazione su ingiunzione del tribunale.

d) La mediazione è una risoluzione alternativa della controversia non dissimile dalla conciliazione. In questa sede, senza addentrarci in inutili disquisizioni, possiamo sottolineare il fatto che il ricorso alla conciliazione è prettamente utilizzato nel sistema angloamericano per la risoluzione delle controversie commerciali; la mediazione è, invece, chiamata in causa in tutti quei contesti conflittuali dove è opportuno il massimo sforzo conciliativo come ad es. in tutte quelle materie che coinvolgono i rapporti personali e familiari (rapporti tra coniugi, rapporti tra genitori-figli...). In tali casi il mediatore coadiuva le parti al fine di risolvere questioni dalle quali potrebbero derivare contrasti insanabili³.

3. Responsabilità medica e sanitaria nel Common Law: l'esperienza statunitense.

Nella tradizione anglo-americana, si è rilevato che la preparazione di una risoluzione stragiudiziale delle controversie richiede un impegno e una competenza simili a quelli di un processo di cognizione; nelle cause tecnicamente più complesse, quali sono quelle in tema di responsabilità tecnica e sanitaria, è necessario avere chiari tutti gli elementi della fattispecie per consentire alle parti di essere in piena conoscenza dei propri

³ Per un approfondimento, cfr. Pera A., Riccio G.M. (a cura di) *"Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale."* cit. p. 103.

diritti e obblighi al fine di ottenere un risultato finale (l'accordo conciliativo in senso lato) che li soddisfi. Si pensi ad es. ad una causa di responsabilità medica, in cui appare anzitutto fondamentale conoscere tutti i risvolti medico-legali del contenzioso al fine di comprendere le eventuali responsabilità degli operatori e individuare l'entità del danno patito dal paziente. A ciò si aggiunge il fatto che la parte che si ritiene vittima di un errore medico mira al raggiungimento di diversi obbiettivi: l'individuazione della causa dell'errore, il ricevimento di una dichiarazione di scuse da parte del medico o della struttura sanitaria in questione, la rassicurazione che tale errore non si ripeterà più e, non da ultimo, il risarcimento del danno. È opportuno sottolineare gli obbiettivi elencati (facendo eccezione il risarcimento del danno) sono maggiormente raggiungibili in sede di conciliazione in quanto solo in questa sede è più fattibile analizzare tutti gli elementi non prettamente giuridici.

Nello specifico, possiamo fornire una veloce panoramica degli strumenti messi in atto dall'esperienza di Common law.

Negli Stati Uniti d'America, gli Stati membri, hanno deciso ciascuno di applicare metodi differenti. In Michigan, Massachusetts e Wisconsin è stato introdotto il cd. "*Screening Panel*", un organo composto da avvocati e medici legali che ha il compito di esaminare la controversia, al fine di valutarne la fondatezza, e di identificare quei casi che, al contrario, risultano manifestamente infondate. Il procedimento si chiude con una decisione dell'organo che individua diritti e responsabilità delle parti, quantificando altresì l'eventuale importo del risarcimento del danno. Tale risultato non è vincolante in quanto la parte non soddisfatta della decisione può comunque rivolgersi all'autorità giurisdizionale. È indubbio, però, che tale comportamento può influire sulla decisione che sarà assunta nel corso del processo.

In Pennsylvania, è stato introdotto il cd. "*intermediation*": compito del terzo neutrale in seno a detto procedimento è quello di chiarire i punti di forza e di debolezza delle doglianze di ciascuna parte e di indicare, in modo ragionevole, le possibili soluzioni che potrebbero applicarsi al caso in esame. L'aspetto più significativo di tale procedimento è dato dal fatto che le parti sono più propense ad imbastire stragiudiziale solo dopo essere state adeguatamente informate su tutti gli aspetti della vicenda.

In Stati come l'Arizona, il Colorado e la Florida, si sta sviluppando un approccio sensibilmente diverso: qui ha preso corpo la cd. "*apology based mediation*" cioè la mediazione basata sulle scuse del medico e/o della struttura sanitaria. È un metodo di risoluzione alternativa della controversia fondato sul dialogo e sul riconoscimento dell'errore medico i quali consentono di ridurre, sin dall'inizio della negoziazione, i sentimenti ostili che sorgono in capo al paziente che si ritiene vittima di un danno⁴.

4. Responsabilità medica e sanitaria nel Common Law: l'esperienza anglosassone. Difficoltà di applicazione delle ADR.

In materia di responsabilità medica, per tutta una serie di ragioni di seguito esposte, appare sin da subito evidente che le *alternative dispute resolution* non occupino spazi particolarmente rilevanti nella risoluzione delle controversie in seno al sistema anglosassone. Analizziamone i caratteri essenziali.

Il dovere di assistenza (*duty of care*) dei medici negli ordinamenti giuridici riconducibili al sistema anglosassone non sembra avere un preciso equivalente negli ordinamenti di *civil law*, dove quest'ultimo viene in genere quasi integralmente

⁴ Cfr. Meani S. "*Conciliazione in tema di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica: spunti di riflessione sulla scorta dell'esperienza americana*" in "*Il Corriere giuridico*", IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, Milano 2011, fasc. 8.

ricondotto alla disciplina unitaria della responsabilità civile. Il diritto anglosassone impiega invece il concetto di *duty of care* per stabilire se, in base al diritto, atti neglienti od omissioni possano condurre alla responsabilità del medico. I temi di *duty of care* e degli *standards* di cura, con le conseguenti azioni per il risarcimento del danno, costituiscono una parte importante nella disciplina del “*medical law*”, materia formatasi nel Regno Unito in tempi relativamente recenti, il cui *status* di disciplina autonoma è, peraltro, ancora discusso, in quanto utilizza concetti e istituti appartenenti ad aree disciplinari più tradizionali come il diritto privato, il diritto del lavoro, il diritto penale e il diritto pubblico⁵.

L’ordinamento anglosassone appronta alcuni rimedi, il più comune dei quali è l’azione in sede civile: una persona può promuovere un giudizio per il risarcimento del danno da imperizia medica nell’ambito del *National Health Service* (il corrispondente inglese al nostro Servizio Sanitario Nazionale) oppure, quando l’assistenza medica sia stata prestata da un soggetto privato, invocare la violazione degli obblighi contrattuali. Altra opzione è la denuncia penale: la fattispecie di reato contestabile in questi casi è, però, solo l’omicidio colposo. Atteso che gli errori nell’ambito medico possano assumere diverse forme ed essere di varia entità, il diritto penale inglese adotta un approccio eccessivamente restrittivo e rigidamente binario: o sussistono le condizioni per incriminare l’operatore sanitario per omicidio oppure non si ha esercizio dell’azione penale.

È importante sottolineare che, nel Regno Unito, nell’ambito della sanità privata il rapporto medico-paziente è regolato da un *contract for services* il quale impone, oltre al normale dovere di assistenza, l’adempimento di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto stesso. La maggior parte dei giudizi sono promossi,

⁵ V. Gromek-Broc K., Smirolto E. “*Duty of Care e Standard of Care nella tutela risarcitoria per responsabilità medica nel common law*” in “Contratto e Impresa – Europa”, CEDAM, Padova 2011, fasc. 2, p. 495.

tuttavia, contro in *National Health Service*, che è un servizio pubblico facente capo all'amministrazione dello Stato ed è soprattutto di questi per i quali si concentra l'attenzione.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato ⁶ ,
“*Laddove i dirigenti degli ospedali accettino di somministrare un trattamento sanitario ed essi stessi selezionino e assumano i professionisti che, nel caso concreto, somministrano il trattamento, essi sono civilmente responsabili per l'imperizia di coloro che non abbiano somministrato cure adeguate, e ciò indipendentemente dal fatto che si tratti di medici, chirurghi, infermieri o personale appartenente ad altre categorie.*”

Secondo questa posizione, la responsabilità dell'azienda ospedaliera insorge anche nel caso in cui il medico non sia legato alla stessa da un rapporto di lavoro subordinato, cioè sia *self-employed*.

Nelle cause aventi ad oggetto l'illecito derivante da imperizia, colui che reclama il diritto al risarcimento del danno deve dimostrare tre cose: che sul professionista sanitario incombeva un dovere di assistenza; che tale dovere di assistenza è stato violato (e ciò si verifica anche nel caso in cui le cure non rispettino lo *standard* appropriato); ed il nesso di causalità ovvero che egli ha subito un danno quale conseguenza della violazione di quell'obbligo⁷.

L'azione di risarcimento danni da imperizia medica prende sempre avvio con un esame sull'esistenza di un dovere di assistenza (*duty of care*). La nozione di *duty of care* è, a sua volta, una nozione desunta dal *tort law*: poiché il *common law* non impone un dovere di assistenza, l'indagine, in questo tipo di giudizi, verte sulla sussistenza di tale dovere nei confronti dell'attore e sulla sua violazione da parte del convenuto. Anche se l'attore è in grado di provare che il danno è stato causato dalla negligenza del convenuto, la legge può non conoscere

⁶ Cfr. causa *Cassidy c. Ministry of Health* (1951) 1 All. E.R. 574.

⁷ Cfr. causa *Scout Association c. Barnes* (2010) EWCA Civ 1476.

l'esistenza del *duty of care*, rifiutando in questo modo di imporre la responsabilità. La legge, infatti, non garantisce una uguale tutela per i diversi tipi di danno derivanti da responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

L'accertamento del dovere di assistenza è, infatti, *condicio sine qua non* affinché gli operatori sanitari ovvero altre categorie di soggetti possano essere ritenuti civilmente responsabili per le loro condotte negligenti o per le loro omissioni. Al riguardo, si rileva come, nell'ambito del *tort law*, la distinzione tra atti e omissioni presenti una certa dose di ambiguità. In molti casi le omissioni potrebbero essere equiparate, in via interpretativa, a condotte positive, ed essere, quindi, intese come azioni inappropriate.

Nel diritto inglese, diversamente da quanto accade nei Paesi di *civil law*, non si rinviene un dovere di assistenza modellato sul dovere di solidarietà e di aiuto verso il prossimo. In questi ultimi, i codici impongono un obbligo di assistenza non solo ai medici e agli operatori sanitari, ma anche a ogni individuo, su cui grava, conseguentemente, un dovere di salvare e fornire assistenza alle persone in pericolo: conseguentemente, la violazione di tale dovere è penalmente sanzionata. Secondo il *common law*, invece, nel rapporto tra due estranei non possono ravvisarsi le condizioni necessarie per l'insorgere della responsabilità, in quanto i soggetti non si trovano in una relazione sufficientemente "*proximate*" ossia in una condizione di "vicini congiunti" e, dunque, non si riterrebbe "*just and reasonable*" una decisione in questo senso, da parte delle Corti. È, altresì, generalmente accettato che non sussista alcun dovere in capo all'operatore sanitario di somministrare un trattamento, a meno che il soggetto non sia già un suo paziente ovvero egli non intervenga spontaneamente.

Analogamente, nel caso in cui una persona accusi una malore in luogo pubblico, il medico che sia eventualmente presente non è tenuto a prestare assistenza. Coerentemente con il principio

generale che nega l'esistenza di un dovere universale di assistenza, aiutare uno sconosciuto potrebbe essere considerato, nell'ambito del diritto anglosassone, come una forma di "altruismo forzato": dunque, le condotte omissive in questo senso non potrebbero ritenersi censurabili.

Al contrario, la legge sembrerebbe "punire" il medico che, nel tentativo di aiutare un estraneo, causi, sia pure involontariamente, l'aggravamento delle sue condizioni: infatti, dal momento dell'intervento, egli ha l'obbligo di non peggiorare le condizioni della vittima e la sua responsabilità insorge a causa dell'aver prestato un'assistenza inappropriata o inadeguata. Dunque, un medico, per così dire, "insensibile" non incorre in alcuna conseguenza per la sua "omissione" laddove, invece, il medico che presti assistenza può essere ritenuto responsabile.

Per il diritto anglosassone, il rapporto medico-paziente che dà vita al dovere di assistenza si instaura nel momento in cui il medico comincia a somministrare un trattamento all'estraneo. Altro importante orientamento giurisprudenziale⁸ ha stabilito che "una volta che il medico inizi le cure, egli deve fare tutto quanto possa essere ragionevolmente ritenuto capace di fare per salvare la persona in pericolo la quale, a partire da questo momento, diviene un suo paziente".

In definitiva, il *common law*, in tema di responsabilità medica e sanitaria, mette in evidenza più anomalie che dati certi: un medico non dovrebbe avere la percezione di trovarsi in una situazione più vantaggiosa qualora ignori una persona in pericolo, onde evitare sanzioni. Il quadro normativo non dovrebbe consentire a un medico, che si trovi per caso sul luogo di un incidente, di potersi allontanare, a sua discrezione, senza aver prestato soccorso alle vittime. Ciò perché una regola giuridica che espressamente esenta il medico dal dovere morale di fornire aiuto a una persona in pericolo non si può in alcun modo giustificare.

⁸ Cfr. causa *Horsley c. McLaren* (1972) 22DLR(3d) 545.

Un intervento legislativo, in questo senso, contribuirebbe anche a eliminare le contraddizioni emerse negli stessi orientamenti giurisprudenziali: solo dopo avere approntato le modifiche legislative del caso, l'applicazione delle *alternative dispute resolution* in tema di responsabilità medica risulterebbe più efficace nell'ambito della risoluzione delle relative controversie, del soddisfacimento degli interessi delle parti in causa nonché nel perseguimento delle politiche deflative in seno all'esercizio del potere giurisdizionale.

5. Mediazione civile e commerciale in Italia: D.lgs. 28/2010.

La mediazione civile e commerciale è stata introdotta nel nostro ordinamento per la necessità di risposta e di adeguamento alle disposizioni comunitarie e ha trovato la propria configurazione nella legge di delega 18 giugno 2009, n. 69 (art. 60), nel decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, e nelle disposizioni del Decreto Ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180, modificato con il D.M. 6 luglio 2011, n. 145, nonché dal D.M. 4 agosto 2014, n. 139 (pubblicato in G.U. 23 settembre 2014, n. 221).

Con il nuovo istituto, il legislatore introduce per la prima volta in Italia una mediazione generalizzata per la conciliazione delle controversie civili e commerciali, anche sulla base delle indicazioni provenienti dal diritto comunitario che imponeva “l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte politica dell'Unione europea e di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie”. Come ben chiarito dalla direttiva 2008/52/CE la mediazione “può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in

base alle esigenze delle parti”. Precisamente, l’art. 3, lett. a), della direttiva comunitaria ha inquadrato la mediazione come “un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l’assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro”.

La direttiva, peraltro, pur regolamentando la mediazione per le sole controversie transfrontaliere, considerava che nulla avrebbe potuto vietare agli Stati Membri di applicare tali disposizioni anche a procedimenti di mediazione interni. Tanto che, all’art. 5, comma 2, il legislatore comunitario lasciava “impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”.

A fronte di questo *corpus* normativo il legislatore nazionale ne rafforzava le prescrizioni con una serie di disposizioni contenute all’art. 60 della legge n. 69/2009, laddove è stata introdotta, com’è noto, una delega al governo per adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. La delega è stata poi attuata con il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che tenendo in espressa considerazione la direttiva 2008/52/CE ha definito all’art. 1 lett. a) la mediazione come “l’attività, comunque, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”.

Il legislatore nazionale con il d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28, e con i regolamenti attuativi che lo hanno successivamente accompagnato, ha inteso porre uno strumento che non sostituisce i percorsi ordinari della giustizia, ma che offrisse una possibilità alle parti di trovare una soluzione più rapida e, pertanto, complementare e integrativa rispetto alla giustizia ordinaria. Obiettivo principale della riforma è stato quello di permettere a chiunque di rivolgersi a un mediatore professionista “con requisiti di terzietà” al fine di giungere in tempi rapidi e in modo economicamente conveniente a un accordo di amichevole composizione o alla formulazione di una proposta per la risoluzione di una controversia civile e commerciale, fatta eccezione per quelle controversie inerenti a diritti indisponibili.

Con il termine mediazione, l’ordinamento identificava già il contratto disciplinato dall’art. 1754 c.c., il cui carattere fondamentale è l’intervento di una persona estranea alle parti (il mediatore) che, pur non essendo legato a nessuno di esse da rapporti di collaborazione o di dipendenza, si adopera al fine di procurare o di agevolare la conclusione dell’affare. La mediazione, di natura negoziale, si differenzia dalla mediazione intesa nel d. lgs. 28/2010 quale meccanismo di risoluzione delle controversie in quanto assolve una funzione differente e si riferisce all’attività svolta da un soggetto terzo imparziale, diverso dal giudice, che opera allo scopo di favorire la composizione stragiudiziale della controversia. Proprio quest’ultimo aspetto costituisce la caratteristica della mediazione, ossia la presenza di un terzo neutrale che aiuta a trovare un accordo soddisfacente per entrambe le parti che le vede sino a quel momento in contrapposizione tra loro. La mediazione e, in generale, i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, pertanto, con l’emanazione del d. lgs. 28/2010 non dovevano essere più considerati un ripiego a fronte di una situazione drammatica della giustizia civile statale ma, al

contrario, doveva essere considerata essenziale: per la stessa logica in virtù della quale l'intervento pubblico è opportuno solo ove si renda necessario⁹. Per tale motivo, la previsione del D. lgs. 28/2010 ha posto la mediazione come condizione di procedibilità per l'avvio del contenzioso in sede ordinaria rispetto alle materie indicate: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità e contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Occorre precisare che la mediazione aspira a spingere le parti al ripristino degli interessi delle stesse, non punta a trovare “il colpevole e l'innocente” e non valuta la situazione solo in riferimento al passato, ma punta a risolvere il presente ossia a mediare tra le parti che possono ancora avere interessi in comune. In particolare, la mediazione può essere definita come un procedimento attraverso il quale le parti cercano di individuare il contenuto dell'atto consensuale risolutivo della controversia attraverso la presenza, nel procedimento stesso, di un terzo (il mediatore) che ha il compito di aiutare le parti a individuare il contenuto dell'atto in questione. Mediazione ha in sé l'idea dello “stare in mezzo” e contiene l'immagine di uno “spazio nuovo”, di una “terra di mezzo” entro cui le parti possono cercare equilibri nuovi che potranno trovare nell'accordo la regolamentazione formale di un rinnovato bilanciamento. Ecco che il legislatore delegato ha scelto di sottolineare, anche da un punto di vista linguistico e concettuale, due momenti distinti e diversi ma strettamente connessi tra loro, ossia quello della fase dinamica e procedurale (la mediazione) e

⁹ V. Favale R. Gambini M. (a cura di) *“Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari”*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013, p. 62.

quello dell'eventuale risoluzione del problema (la conciliazione). Il legislatore ha, altresì, visto di buon occhio un possibile cammino di svolta culturale che conducesse, nel corso del tempo, all'introduzione di meccanismi di mediazione facilitativa volti a diminuire il numero dei procedimenti che appesantiscono il lavoro dei tribunali. Laddove, però, si auspicava un percorso che conducesse l'utenza a valutare l'opportunità di tutelare la propria sfera soggettiva al di fuori del processo (e in generale al di fuori della logica conflittuale), si è preferito introdurre un istituto che è sembrato assumere i tratti di un segmento immediatamente precedente al processo, il quale è finito per essere inteso come una ulteriore (e insopportabile) frazione di un unico macro-procedimento, che prendere avvio con il deposito dell'istanza di mediazione e culmina (comunque) con la sentenza del giudice.

CAPITOLO II

ASPETTI E LIMITI DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA ANCHE IN RELAZIONE ALLA R.C. MEDICA.

1. Limiti della Mediazione civile e commerciale: obbligatorietà quale condizione di procedibilità.

Come abbiamo visto poc'anzi, l'art. 5, 1° comma, d.lgs. 28/2010 (nella sua originaria stesura) subordinava la procedibilità delle domande giudiziali relative a controversie nelle materie ivi indicate al previo esperimento del tentativo di conciliazione dinanzi agli organismi accreditati presso il Ministero della Giustizia¹⁰. Tale innovazione è stata fortemente osteggiata dalla classe forense nonché dalla più autorevole dottrina. Si affermava che l'obbligatorietà, oltre a non essere espressamente contemplata dalla legge di delega, finiva per contrapporsi con il principio (sancito sia dalla direttiva 52/2008/CE che dall'art. 60 legge 69/2009) di non preclusione di accesso alla giustizia.

Sul punto, però, la normativa introdotta dal decreto delegato soddisfaceva (almeno sulla carta) tali condizioni. L'art. 6, 1° comma, d. lgs. 28/2010, infatti, prevede che il procedimento di mediazione obbligatoria non possa avere durata superiore a quattro mesi. Dunque, qualora tale procedimento non avesse prodotto alcun accordo entro quel termine, e sempreché le parti non avessero convenuto di proseguire comunque il negoziato, l'obbligo di tentare la mediazione sarebbe stato da considerare adempiuto e la parte interessata avrebbe potuto (a seconda dei

¹⁰ Dal 20 marzo 2011 il ricorso preventivo alla mediazione è divenuto obbligatorio per le controversie in materia di diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa, contratti assicurativi, bancari e finanziari, mentre dal 20 marzo 2012 è stato reso obbligatorio anche per le controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti.

casi) instaurare il processo contenzioso o proseguirlo. In secondo luogo, l'art. 5, comma 6, del decreto delegato, dispone che l'istanza di mediazione, dal momento in cui è comunicata alle altre parti, produce sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale (ciò significa non solo che la comunicazione della domanda di mediazione interrompe la prescrizione, ma anche che la prescrizione resta sospesa per tutta la durata del procedimento), ed impedisce altresì la decadenza (sia pure per una sola volta) con la conseguenza che, se il tentativo fallisce, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di fallita conciliazione presso la segreteria dell'organismo.

Per quanto concerne, inoltre, la possibilità di prosecuzione del processo in caso di conclusione negativa del procedimento di mediazione obbligatoria, l'art. 5, 1° comma, d. lgs. 28/2010, prevedeva, a seguito dell'eccezione o del rilievo di improcedibilità della domanda giudiziale, un mero differimento dell'udienza per il tempo necessario allo svolgimento della mediazione, senza soluzione di continuità nell'*iter* processuale e, dunque, senza alcuna necessità, per la parte interessata, di compiere atti d'impulso successivamente alla chiusura del procedimento di mediazione con verbale negativo. Infine, l'art. 5, comma 3, d. lgs. cit., esclude espressamente una preclusione alla concessione di misure urgenti e cautelari, derivante dallo svolgimento della mediazione, con la conseguenza che, in regime di mediazione obbligatoria, la parte tenuta a promuovere la relativa procedura avrebbe potuto richiedere e ottenere dal giudice un provvedimento volto a neutralizzare un incombente pregiudizio al suo diritto, senza essere costretta a mediare preventivamente alcunché¹¹.

¹¹ Non risultava dunque vulnerato il principio di "integrale copertura" della tutela cautelare, il quale impone di escludere che i diritti soggettivi minacciati da un *periculum in mora* possano essere sottratti a ogni forma di tutela cautelare per un periodo di tempo non predeterminabile, con il conseguente venir meno della garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale.

2. Limiti della Mediazione civile e commerciale: rapporti tra obbligatorietà quale condizione di procedibilità dell'azione, tutela cautelare *ante causam* e onere di instaurazione del giudizio di merito.

L'operatività della mediazione obbligatoria nelle materie indicate dall'art. 5, 1° comma, d. lgs. cit., aveva altresì determinato tutta una serie di questioni applicative che, in assenza di chiare e univoche indicazioni contenute nella normativa, sono state variamente affrontate in dottrina e in giurisprudenza. È il caso della misura cautelare disposta *ante causam* e l'individuazione della strada percorribile dalla parte onerata di promuovere il giudizio di merito con procedibilità condizionata al previo esperimento del procedimento di mediazione.

In caso di misure cautelari ai sensi dell'art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c. (provvedimenti d'urgenza *ex-art.* 700 c.p.c. o emessi a seguito di denunce di nuova opera e danno tenuto) l'insussistenza dell'onere per la parte di instaurare il giudizio di merito in un termine perentorio faceva sì che detta parte potesse presentare istanza di mediazione obbligatoria e riservarsi all'esito di agire in giudizio senza alcun pregiudizio per la perdurante efficacia della cautela¹².

Il problema si pone, invece, per le cautele a carattere conservativo, in quanto la loro concessione *ante causam* onera la parte che le abbia conseguite di instaurare il relativo giudizio di merito nel termine fissato dal giudice o, in mancanza, entro sessanta giorni, pena l'inefficacia della misura. Qui, infatti, l'obbligatoria attivazione del procedimento di mediazione

¹² Per un approfondimento, cfr. Favale R. - Gambini M. (a cura di) *"Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013, p. 160.

anteriamente alla instaurazione del giudizio contenzioso avrebbe potuto determinare la decorrenza di quel termine nelle more della procedura stragiudiziale, con conseguente vanificazione degli effetti della cautela ottenuta dalla parte istante. Secondo la più autorevole dottrina¹³, in tal caso, la parte che avesse richiesto e ottenuto una misura cautelare conservativa avrebbe potuto evitare l'inefficacia della misura stessa anche comunicando alla controparte (o alle altre parti) la sola istanza di mediazione entro il termine previsto dal codice di rito per l'introduzione del giudizio contenzioso, fermo restando che, in caso di fallimento del tentativo, la domanda giudiziale avrebbe dovuto essere proposta entro il medesimo termine, decorrente dal deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'organismo¹⁴.

In mancanza di un intervento normativo integrativo, è stato facile prevedere il consolidamento di una prassi per cui la parte tenuta a instaurare il procedimento di mediazione, una volta che si fosse vista accogliere un ricorso *ante causam* per la concessione di una misura cautelare conservativa (ad. es. un sequestro conservativo) non si sarebbe limitata a presentare la sola istanza di mediazione ma (nell'incertezza) avrebbe proposto la domanda giudiziale davanti al giudice (con successivo eventuale differimento dell'udienza per consentire lo svolgimento della procedura di mediazione). Il tutto con l'evidente e sensibile aumento dei costi di "accesso alla giustizia" gravanti sulla detta parte comprensivi di oneri relativi al giudizio *ante causam*, costi relativi all'instaurazione del

¹³ Impagnatiello G. "La mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al d. lgs. 28/2010 nella cornice europea" in www.judicium.it

¹⁴ L'art. 5, 6° comma, d. lgs. 28/2010, prevede infatti che "la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo". Si tratta di un impedimento *sui generis*, posto che l'esito negativo della mediazione comporta la decorrenza di un nuovo termine di decadenza rispetto al quale assumerà rilievo l'effetto impeditivo riconducibile unicamente alla domanda giudiziale.

giudizio contenzioso (il cd. giudizio di merito), costi della mediazione obbligatoria avviata contestualmente alla proposizione dell'azione giudiziaria ovvero successivamente, a seguito del rilievo della controparte dell'eccezione di improcedibilità della domanda.

Questi sono solo alcuni dei limiti “processual-civilisti” sorti a seguito dell'entrata in vigore della mediazione obbligatoria e che hanno generato una duplicazione dei costi di accesso alla giustizia.

3. La responsabilità civile medica in Italia.

La responsabilità civile medica in Italia è stata costantemente disciplinata dalla normativa codicistica. La legislazione ha però subito un intenso lavoro ermeneutico da parte della dottrina e giurisprudenza le quali se, da un lato, hanno plasmato la disciplina in tema di responsabilità medica nell'ottica di garantire una tutela del diritto alla salute sempre più ampia ed efficace, dall'altro, nel corso della sua evoluzione, non sono stati concordi nel formulare una disciplina univoca: a volte la tutela è stata ricondotta alla responsabilità contrattuale, in altri casi alla responsabilità extracontrattuale, altre volte è stato coniato un *tertium genus* ovvero la responsabilità da “contatto”. Ma andiamo con ordine.

Con l'espressione responsabilità medica si ricomprende oltre alla responsabilità verso il paziente del libero professionista anche quella della struttura sanitaria (pubblica o privata che sia) e del medico da questa dipendente.

È pacifico ritenere che, per delineare la responsabilità in oggetto, occorre innanzitutto partire dalla suddivisione accademica “obbligazione di mezzi” e “obbligazione di risultato”.

Nell'ambito dei rapporti contrattuali, siamo di fronte a una "obbligazione di risultato" quando si può dedurre dal contratto che il debitore ha promesso il conseguimento di un preciso risultato derivante dalla propria prestazione. Se, al contrario, risulta dagli accordi raggiunti o dal senso del contratto che il debitore non ha inteso garantire alcun risultato, bensì ha solamente promesso di impiegare gli sforzi idonei al conseguimento di esso, allora ricorre una mera "obbligazione di mezzi". In questo caso sussiste una responsabilità, ove non si ottenga un risultato positivo, solo allorquando il creditore possa dimostrare che il debitore non ha impiegato quella misura di diligenza che una persona ragionevole, in una situazione equivalente, avrebbe impiegato¹⁵.

Il classico esempio di una mera "obbligazione di mezzi" si ha nell'obbligazione del medico di curare diligentemente i propri pazienti. Se, tuttavia, il medico si è assunto l'incarico di consegnare una protesi dentale o se per curare un paziente ha adoperato un determinato apparecchio medico, allora la giurisprudenza è incline ad ammettere la sussistenza di una "obbligazione di risultato", ove il danno derivi dal fatto che la protesi è difettosa o che l'apparecchio non ha funzionato.

Pertanto, la relazione che si instaura tra medico e paziente dà luogo a un rapporto di tipo contrattuale, con conseguente obbligo da parte del primo di svolgere l'attività necessaria e utile in relazione al caso concreto e in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il malato spera di conseguire. Il professionista si obbliga, così, a prestare la sua opera con la dovuta diligenza, ma senza garantire al malato la guarigione che dovrebbe essere prodotta dal trattamento¹⁶.

¹⁵ Cfr. Zweigert K.- Kotz K. *"Introduzione al diritto comparato. Vol. II. Istituti"*, Giuffrè Editore, Milano 2011, pag. 225.

¹⁶ Cfr. Locatelli L. *"La responsabilità medica in Italia: tracciato di un'evoluzione"* in *"La responsabilità civile"*, UTET Giuridica, Roma 2007, fasc. 11, p. 925.

4. La natura giuridica della responsabilità medica: orientamenti giurisprudenziali e oneri probatori.

Condensare in poche parole l'orientamento giurisprudenziale in tema di responsabilità civile medica è impresa alquanto ardua. Pertanto, tratteremo a grandi linee le tappe più significative dell'accennato evolversi prima di cimentarci nel commento a un recente intervento legislativo (cd. "Decreto Balduzzi", v. Cap. III) che ha posto in essere il tentativo di riordino della materia in esame.

Da sempre, dottrina e giurisprudenza hanno ricondotto la responsabilità civile medica alla responsabilità contrattuale (art. 1228 cod. civ.) in taluni casi, e alla responsabilità aquiliana (art. 2043 cod. civ.) in altri. Più precisamente, nel caso in cui è posto in essere un rapporto diretto tra medico e paziente si profila una responsabilità contrattuale, o meglio, trovano applicazione le norme sulla responsabilità in attuazione di un contratto d'opera professionale¹⁷.

La forma di responsabilità extracontrattuale, di cui all'art. 2043 cod. civ., si delinea nell'ipotesi in cui il rapporto tra medico e paziente avvenisse all'interno di una struttura ospedaliera, pubblica o privata: in base a tale orientamento, il rapporto genera un contratto tra il paziente e la struttura sanitaria, mentre nessun vincolo opera tra il paziente e il medico¹⁸.

La giurisprudenza, però, nel corso degli anni, sensibile alla tutela del paziente (che in questi rapporti lo vedono in posizione non equivalente a quella di chi gli offre prestazioni sanitarie) ha fatto confluire tutte le fattispecie di responsabilità sotto la prospettiva, più protettiva, della responsabilità contrattuale. Si ravvisa la fonte di tale tipo di responsabilità, quanto alla

¹⁷ V. da ultimo Corte d'Appello di Roma, Sezione III, sent. 20/11/2012.

¹⁸ V. ad esempio, Cass. Civ. sent. 25/03/1990 n. 2428.

struttura sanitaria, nella conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità al momento dell'accettazione del paziente nella struttura stessa. Di conseguenza, la responsabilità dell'ente assume carattere contrattuale, sia in relazione a fatti di inadempimento della struttura stessa, sia per quanto concerne il comportamento dei medici dipendenti, in applicazione dell'art. 1228 cod. civ. sulla responsabilità del debitore per fatti dolosi o colposi degli ausiliari¹⁹.

Per quanto attiene alla responsabilità del medico dipendente, la giurisprudenza ne fa dipendere la natura contrattuale dal cd. "contatto sociale" che si instaura tra il medico e il paziente, in relazione al compimento della prestazione che il paziente stesso ha convenuto con la struttura²⁰. Per effetto di tale soluzione giurisprudenziale, il medico può avvalersi del trattamento di cui all'art. 2236 cod. civ. che, in relazione al contratto d'opera intellettuale, limita la responsabilità del prestatore d'opera ai soli casi di dolo o colpa grave quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

In tema di oneri probatori, è il contraente "debole" ossia il paziente che deve dare prova del nesso di causalità tra la condotta colpevole del medico e il danno subito. La Cassazione, infatti, con sentenza n. 22894/2005 richiama tale principio. Riepiloghiamo in breve i fatti di causa. A circa tre ore dalla nascita in ospedale, una neonata manifesta una crisi cianotica e difficoltà respiratorie. Dovrebbe seguire il suo pronto trasferimento al reparto di pediatria che, invece, avviene con notevole ritardo. All'età di due mesi la bambina è colpita da meningite. Nell'azione di danni proposta contro la struttura ospedaliera, i genitori provano che la figlia è affetta da una

¹⁹ V. Ruffini Gandolfi M. L. *"In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi"* in La Giustizia Civile, Giuffrè Editore, Milano 2013, fasc. 7, p. 294.

²⁰ V. Cassazione civile 22 gennaio 1999, n. 589.

grave patologia che si concreta in un ritardo dello sviluppo psicofisico comportante un'inabilità del 100% e sostengono che si tratta di una conseguenza del negligente ritardo, all'epoca della nascita, nel trasferimento della neonata al reparto di pediatria per le necessarie cure. Ma la sentenza di merito impugnata in Cassazione ritiene che il nesso causale tra il negligente ritardo e l'evento di danno non sia stato provato dai ricorrenti. La consulenza tecnica d'ufficio, infatti, non esclude la possibilità del nesso causale tra condotta ed evento ma ne rilevò una mera possibilità e non una probabilità scientifica. La Cassazione, stante la mancata prova di un nesso causale tra la negligente condotta omissiva e l'evento di danno, confermò le conclusioni del giudice di merito, negando la pretesa risarcitoria.

Con un parziale ribaltamento dei principi enunciati solo tre anni prima, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 577/2008, fanno sì che diventi più agevole provare la colpa medica e pongono in essere un "riparto" degli oneri probatori tra il paziente, da un lato, e il "connubio" medico/struttura ospedaliera, dall'altro. Le S.U. affermano che *"in tema di responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione e allegare l'adempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, non è etiologicamente rilevante"*.

Ad oggi, il riparto dell'onere della prova in tema di responsabilità medica e sanitaria, sancito dalla sentenza delle S.U. della Cassazione, è principio costante in giurisprudenza. Da ultimo, è stato ampiamente confermato dalla Cassazione civile con sentenza 22 maggio 2014 n. 11363.

5. Limiti della mediazione civile e commerciale in tema di R. C. medica.

In tema di responsabilità medica, la mediazione civile e commerciale incontra non soltanto i limiti cd. “processual-civilisti” che abbiamo poc’anzi esaminato, ma trova, altresì, ostacoli alla sua piena applicazione per innumerevoli ragioni di opportunità.

In primis, il procedimento di mediazione (peraltro affidato a soggetti ai quali non è richiesto di possedere alcuna competenza in materia di R.C. medica) è lontano dal costituire un’innovazione priva di costi per i danneggiati, ma anche per le controparti di questi. Infatti, come si ricava del tutto agevolmente dall’art. 16 del decreto ministeriale 18 ottobre 2010 n. 180 (pur modificato dall’art. 5 del D.M. 6 luglio 2011 n. 145), all’esatto opposto questa procedura comporta, per ciascuna parte, innanzitutto il pagamento degli organismi di mediazione (e non si tratta di importi modesti). Potendo poi il mediatore avvalersi a suo piacimento di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali (art. 8, 4° comma, D. lgs. 28/2010), il danneggiato potrebbe trovarsi esposto alla liquidazione dei compensi spettanti agli esperti. Nondimeno, tutti questi costi non esauriscono gli oneri economici che in concreto i danneggiati devono affrontare per la mediazione; difatti, il danneggiato, prima di attivare il procedimento, avrà già affrontato gli ingenti costi generalmente richiesti per gli accertamenti medico-legali e specialisti del caso; soprattutto, non possono ignorarsi i costi dell’assistenza legale necessaria per la preparazione della fase stragiudiziale e per il procedimento di mediazione stesso, essendo impensabile che i danneggiati da prestazioni mediche, per conseguire un risarcimento integrale o, comunque, equo possano tutelarsi da sé, magari fronteggiandosi con controparti esperte o trovandosi dinanzi a mediatori a digiuno della materia o con esperienze

assicurative alle spalle. Si è affermato che *“indubbiamente la mediazione obbligatoria potrà essere utile ai soggetti economicamente deboli”*²¹ ma di contro può osservarsi senz’altro come questo supposto vantaggio per tali soggetti sia lungi dall’essere prospettabile; anzi, per questi individui vi è un rischio ulteriore: indotti a credere di poter risparmiare sui costi dell’assistenza legale, potrebbero trovarsi ad affidare la tutela dei propri diritti a mediatori incapaci o in balia di controparti più esperte (si pensi a liquidatori di compagnie assicuratrici o avvocati), giungendo ad accordi svantaggiosi ovvero incappando in situazioni tali da poter pregiudicare il giudizio successivo. Orbene, tutti questi significativi costi non si giustificano in alcun modo, perlomeno nella R.C. medica, alla luce delle scarsissime prospettive di successo della procedura conciliativa.

Il Governo, in seno alla *“Relazione illustrativa al decreto attuativo della delega di cui all’art. 60 legge 69/2009”* rileva che le controversie in materia sarebbero liti che *“appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale”*. Tale ricostruzione poggia su presupposti errati per i seguenti motivi:

- 1) le regole che governano questo settore non sono univoche: queste regole, infatti, affidano al magistrato del merito la risposta finale a tutta una serie di quesiti nella maggior parte dei casi non suscettibili di soluzioni conciliative o di risposte univoche sul piano medico legale; in altri termini, il processo è pressoché inevitabile in quanto è stata evidenziata l’impossibilità di una soluzione conciliativa senza l’iniziale

²¹ Così Carnevali U. *“La nuova mediazione civile”* in *“I contratti”*, Giuffrè Editore, Milano 2010, fasc. 5, p. 439.

accertamento della colpa e quindi dell'esistenza di un possibile credito risarcitorio²²;

- 2) i risultati dei giudizi in materia sono aleatori e ai convenuti appare conveniente attendere una sentenza per un tempo indeterminato: medici, strutture sanitarie, compagnie assicuratrici sanno tutti benissimo che diverse variabili (una CTU loro favorevole ovvero un giudice “sensibile” alle istanze dei danneggiati) possono mettere in crisi anche le pretese risarcitorie più fondate, rendendo dunque nella maggior parte dei casi più che conveniente per questi resistere in giudizio;
- 3) nell'ambito della sanità pubblica (ma in realtà anche in quella privata) la carenza cronica di risorse economiche incombe ormai da tempo su coloro che sono chiamati a risarcire i danni. L'Esecutivo, da un lato, afferma che le liti in materia sarebbero con tale procedura “facilmente mediabili” e, dall'altro, non mette a disposizione delle Regioni i fondi necessari a coprire le spese delle strutture sanitarie per partecipare alle procedure conciliative ed eventualmente necessarie per alla copertura dei risarcimenti dei danneggiati.
- 4) le assicurazioni, nel corso degli anni, per mezzo di polizze stipulate con strutture sanitarie od ospedaliere, hanno sì coperto i costi delle controversie, ma si trattava di contenziosi già disciplinati nell'ambito del diritto processuale civile (v. ad es. *ricorso ex-art. 696-bis*) e non di una procedura stragiudiziale nata soltanto negli ultimissimi anni e alla quale non è riconosciuto lo stesso “crisma” di ufficialità e di garanzia di tutela dei propri diritti.

In definitiva, nella sua originaria stesura, la mediazione civile e commerciale ha di certo posto in essere più lacune che benefici:

²² V. Bona M. “*R.C. medica e Mediazione obbligatoria: critiche al modello governativo*” in “*Rivista italiana di Medicina legale*”, Giuffrè Editore, Roma 2011, fasc. 3, p. 622.

limiti che sono emersi in maniera più incisiva in tema di responsabilità medica.

6. L'accertamento tecnico preventivo: artt. 696 e 696-bis c.p.c.

Nella sua originaria stesura, l'accertamento tecnico preventivo era un istituto processuale caratterizzato dal compito di evidenziare, nel suo sviluppo, la semplice constatazione dello stato dei luoghi e della constatazione delle cose; veniva, altresì, preclusa l'indagine relativa a cause ed entità del danno lamentato.

Con un orientamento giurisprudenziale costante²³, si è estesa l'indagine dell'accertamento tecnico preventivo all'accertamento delle cause e dell'entità del danno, quando il giudice abbia disposto la valutazione di tali elementi o nei casi in cui abbia provveduto il consulente tecnico d'ufficio, sempreché sia rispettato il principio del contraddittorio tra le parti.

Con decreto-legge 15 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 80/2005, l'accertamento tecnico preventivo acquisisce una nuova funzione conciliativa. Pertanto, il codice di rito oltre ad ospitare l'art. 696 "Accertamento tecnico e ispezione giudiziale", dà spazio all'art. 696-bis rubricato "Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite".

L'accertamento tecnico preventivo contemplato nell'art. 696 è sovente utilizzato nei casi in cui, di fronte a una situazione d'urgenza, il soggetto che intende tutelare i propri diritti sollecita l'acquisizione di elementi probatori. L'istruzione preventiva, oltre ad essere disposta alla verifica della "stato dei luoghi", della "qualità", o della "condizione delle cose", può essere disposta *"anche sulla persona dell'istante e, se questa vi*

²³ V. Cass. civ., 5 gennaio 1979, n. 19; Cass. civ. 5 luglio 1982, n. 4029; Cass. civ. 8 agosto 2002, n. 12007.

consente, sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta" (comma 1).

Al secondo comma dell'articolo in esame, è previsto che *"l'accertamento tecnico può comprendere anche valutazioni in ordine alle cause e ai danni relativi all'oggetto della verifica"*. È proprio in questo punto che l'istituto in esame amplia la sua sfera di efficacia: non si limita alla percezione della realtà oggetto dell'indagine, ma si spinge sino a un'analisi critica delle cause dei danni relativi all'oggetto dell'istruzione preventiva, tentando di individuare, altresì, i possibili rimedi e monetizzandoli.

L'art. 696-*bis* prevede, invece l'istruzione preventiva avente ad oggetto l'accertamento e la relativa determinazione dei *"crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obblighi contrattuali o da fatto illecito"*.

Il Presidente del Tribunale o il Giudice di Pace²⁴ fissa con decreto apposita udienza di comparizione delle parti, assegnando al ricorrente un termine per effettuare la notifica del ricorso al resistente, al fine di consentire l'instaurazione del contraddittorio e, al contempo, di procedere alla nomina del consulente tecnico d'ufficio, al fine di iniziare e sviluppare le operazioni peritali. Una volta assegnato l'incarico al CTU, vengono posti al consulente i quesiti che delineano l'ambito di indagine della perizia. Le parti hanno la facoltà di essere coadiuvate dal proprio consulente tecnico.

Tale mezzo può essere richiesto anche in assenza del *periculum in mora*. In tal caso, se all'esito della consulenza tecnica d'ufficio le parti giungono a un accordo, tale strumento pone in essere una vera e propria conciliazione giudiziale: il giudice conferisce ufficiosità all'accordo raggiunto redigendo il relativo

²⁴ Ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.c. *"Il giudice di pace è competente per le cause relative a beni mobili di valore non superiore a cinquemila euro, quando dalla legge non sono attribuite alla competenza di altro giudice"*.

verbale di conciliazione. Qualora, invece, non si raggiunge l'accordo, la parte che abbia interesse chiede di acquisire l'intero fascicolo della CTU nel successivo giudizio di merito.

7. Accertamento tecnico preventivo e consulenza preventiva nei casi di colpa medica.

L'accertamento tecnico preventivo, in tema di responsabilità medica e sanitaria, costituisce sempre e comunque uno strumento efficace di risoluzione giudiziale delle controversie e maggiormente valido rispetto alle *alternative dispute resolution* successivamente incardinate dal legislatore nel nostro ordinamento.

Innanzitutto è uno strumento che non difetta dei necessari presupposti processuali (integrità del contraddittorio, legittimazione attiva e passiva, interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ.) e, in caso di applicazione in tema di responsabilità medica e sanitaria, pone comunque a carico del ricorrente l'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., al fine di evitare che la consulenza abbia finalità meramente esplorative.

In secondo luogo, il consulente tecnico d'ufficio, in sede di ATP di cui all'art. 696-*bis*, non è un semplice ausiliario del giudice ma svolge, altresì, il compito di mediare tra le parti contendenti. Infatti, prospetta alle parti una soluzione che, per quanto possibile, sia suscettibile di ottenere il loro consenso. Nel caso in cui la conciliazione non si manifesti, è comunque possibile instaurare il successivo giudizio di merito tenendo fermo la possibilità di acquisire il fascicolo della CTU da parte di colui che abbia interesse. Quindi tutto il "lavoro preliminare" non è perduto.

Infine, sperando tutti i mezzi di istruzione preventiva, si anticipa la fase necessaria del merito, con uno notevole

risparmio dei costi delle parti nonché la diminuzione dei rischi per la salute del paziente, soprattutto in tutti i casi in cui il protrarsi del tempo potrebbe comportare un aggravamento delle condizioni di salute²⁵.

²⁵ Per un approfondimento V. Fabiani M. *“Accertamento tecnico preventivo e consulenza preventiva nei casi di colpa medica e chirurgia estetica”* in *“Il Civilista”*, Giuffrè Editore, Milano 2008, fasc. 5, pp. 20-29.

CAPITOLO III

LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA IN TEMA DI R.C. MEDICA E SANITARIA IN ITALIA: LO STATO ATTUALE.

1. Sentenza Corte cost. 272/2012 quale “spartiacque” tra “vecchia” e “nuova” mediazione civile e commerciale.

Come abbiamo avuto modo di illustrare nel corso della trattazione, lo scopo del legislatore delegato era l'introduzione e diffusione a livello nazionale della mediazione conciliativa quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie civili e commerciali, al fine di contribuire significativamente alla deflazione del contenzioso pendente nei tribunali italiani i quali, com'è noto, sono talmente sovraccarichi (per l'eccessiva litigiosità delle parti) da non riuscire più a garantire giustizia in tempi ragionevoli. La scelta dell'obbligatorietà, nelle materie più frequentemente oggetto di contenziosi giudiziari, è stata dettata dall'esigenza di accelerare la diffusione della mediazione finalizzata alla conciliazione, rendendola un passaggio obbligato per i cittadini, in un paese come il nostro nel quale i metodi alternativi e stragiudiziali di risoluzione delle controversie sono poco conosciuti e applicati.

L'ingresso di tale procedura, sin dalle prime battute, è stato osteggiato dal Consiglio Nazionale Forense, nonché da parte della dottrina più autorevole, adducendo le più svariate motivazioni, quali la violazione del diritto di difesa previsto dall'art. 24 Cost. o del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. o ancora del principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.

In poco più di un anno dall'entrata in vigore del D. lgs. 28/2010, nell'ambito di tutto il territorio nazionale, sono state circa una

decina le questioni di legittimità costituzionale promosse in via incidentale davanti alla Corte Costituzionale. I giudici rimettenti, oltre ad evidenziare dubbi di costituzionalità in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., sostenevano l'eccesso di delega: il legislatore delegato avrebbe introdotto e regolamentato un istituto (la mediazione obbligatoria appunto) non espressamente né implicitamente previsto, o comunque ricompreso, nella maglie della legge di delega.

La Corte costituzionale, con sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, ha accolto questo profilo, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, 1° comma, D. lgs. 28/2010 per eccesso di delega, dichiarando assorbiti gli altri profili avanzati dalle ordinanze di rimessione. La sentenza n. 272/2012, pertanto, si inserisce a pieno titolo nel filone giurisprudenziale sul cd. eccesso di delega, e deve essere commentato alla stregua dei criteri offerti dall'ordinamento per definire questo specifico vizio.

Il metodo indicato dalla Corte costituzionale per sindacare l'eccesso di delega è esaustivamente ripercorso dalla sentenza al punto 12.1, laddove è riaffermata l'esigenza di sviluppare un doppio processo ermeneutico per valutare la compatibilità tra disposizioni di delega e norma delegante, al fine cioè di orientare l'interprete ad armonizzare il contenuto delle disposizioni delegate alla luce delle linee guida espresse dalla delega *“che viene in tal modo a candidarsi a veicolo di un'altra forma (o imperativo) di interpretazione conforme”*²⁶.

Il primo processo interpretativo riguarda l'identificazione della norma delegante intesa come portatrice dei principi e criteri direttivi della delega. La norma di delegazione deve essere identificata secondo tre criteri. Il primo di essi è quello del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono le disposizioni di delega. Il secondo è dato dalla verifica delle

²⁶ Così Carnevale P. *“La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230/2010”* in *“Giurisprudenza costituzionale”*, Giuffrè Editore, Milano 2010, fasc. 8, p. 3612.

finalità ispiratrici della delega, utili strumenti non solo per tracciare i confini della delega, ma anche per interpretarne la loro portata. Il terzo e ultimo requisito, strettamente connesso al precedente, è quello della verifica della *ratio* della delega: questo controllo ha la funzione di misurare il coefficiente di discrezionalità affidato al legislatore delegato nell'operazione di "riempimento" della delega stessa, non potendosi ridurre l'attività del legislatore delegato a una mera "scansione linguistica" delle previsioni stabilite dal delegante²⁷.

Il secondo processo ermeneutico, parallelo a quello appena richiamato, ha invece ad oggetto le disposizioni delegate, che debbono essere debitamente interpretate seguendo il succitato schema.

I due percorsi interpretativi, una volta completati, devono poi essere uniti da un elemento di cerniera²⁸ e raffrontati, di modo che possa essere verificata la compatibilità delle scelte effettuate dal legislatore delegato con i principi generali espressi dalla delega.

Ma il "cuore" della sentenza in commento è senza dubbio contenuto al punto n. 13, laddove la Corte costituzionale procede al raffronto tra le disposizioni censurate ed il contenuto delle disposizioni di delega, al fine di verificare, da parte delle prime, il rispetto dell'oggetto definito dalle seconde.

In altri termini, esaurita l'analisi del generale contesto normativo nel quale le disposizioni di delega e delegate si inseriscono, la Corte approfondisce *ratio* e finalità della delega, al fine di verificare la compatibilità delle disposizioni di delega rispetto ad essa. La risposta fornita sul punto dalla Corte è negativa, sol che si consideri che l'esordio del percorso interpretativo precisa che la legge di delega *"non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione"*.

²⁷ Corte cost., sentenza n. 230/2010, n. 4.2.

²⁸ Corte cost., sentenza n. 272/2012, n. 12.1.

Da un punto di vista puramente formale, pertanto, l'indagine condotta dalla Corte sembrerebbe ancorarsi non alla verifica del rispetto dei principi e criteri direttivi imposti dalla legge di delega (*eccesso di delega* in senso stretto), quanto piuttosto dell'oggetto della delega stessa (cd. *eccesso dalla delega*). È proprio su questo punto, infatti, che sembra incentrato l'intero impianto motivazionale della sentenza in commento.

Particolare risalto, nel dibattito dottrinale sviluppatosi intorno alla paventata incostituzionalità della normativa impugnata, aveva avuto l'inciso, contenuto nell'art. 60, 3° comma, lett. a) della legge di delega, laddove è affermato che la mediazione civile e commerciale dovesse essere disciplinata “*senza precludere l'accesso alla giustizia*”, assunto questo di incerta interpretazione. La Corte, che forse proprio in questo punto della sentenza avrebbe potuto spendere qualche parola in più sulla compatibilità della mediazione obbligatoria con l'art. 24 Cost., risolve la questione attribuendo all'inciso “*senza precludere l'accesso alla giustizia*” un valore di affermazione di carattere generale, non collegabile alla scelta di un determinato modello procedurale.

Per corroborare la propria impostazione sul merito della questione, la Corte, da un lato, ricollega il richiamo operato dalla legge di delega al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che prevedeva un modulo di conciliazione di fonte esclusivamente volontaria, come tale inconciliabile con un'opzione a favore della mediazione obbligatoria. Dall'altro lato, rileva che, prevedendo la delega (art. 60, comma 3, lett. n) l. 69/2009) l'obbligo per l'avvocato di informare il cliente della sola possibilità (e non dell'obbligo) di avvalersi del procedimento di mediazione, l'istituto tracciato dalle disposizioni di delega risulterebbe inconciliabile, anche da un punto di vista meramente logico, con l'introduzione di una condizione di procedibilità.

In definitiva, la Corte costituzionale censura la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, 1° comma decreto delegato, quale momento obbligatorio per l'attivazione della propria tutela giurisdizionale ma fa salvo l'intero impianto normativo di cui al D. lgs. 28/2010 ponendo in essere in tutti i suoi aspetti l'ipotesi di instaurazione di una mediazione "facilitativa".

Dal canto suo, il Governo Letta, al fine di correre ai ripari per salvaguardare da un punto di vista formale e sostanziale l'obbligatorietà della mediazione, pubblica il cd. "decreto del Fare" riesumando tale istituto e facendogli perseguire gli originali obiettivi.

2. La mediazione civile e commerciale alla luce del "decreto del Fare".

La mediazione *ex* D. lgs. 28/2010 ha visto un periodo di arresto in ragione della decisione della Corte costituzionale del 23 ottobre 2012, n. 272. La Consulta, con tale sentenza, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa della mediazione per eccesso di delega nell'emanazione del testo normativo da parte del Governo rispetto alla legge delegata, disposizione che non prevedeva l'obbligo della mediaconciliazione. La conseguenza è stata l'esclusione dell'obbligo del procedimento alternativo per tutte le fattispecie obbligatorie sancite dall'art. 5 comma 1 del D. lgs. n. 28/2010 (v. *infra* par. 1).

Il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, cd. "decreto del Fare", introduce nuovamente l'obbligatorietà dell'istituto della mediazione, apportando alcune modifiche alle precedenti disposizioni. La procedura alternativa è operativa decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del predetto decreto (art. 84, ultimo comma D.L. n. 69/2013). Il provvedimento legislativo con cui è stato convertito è la legge 9

agosto 2013, n. 98. Poiché quest'ultima è in vigore a far data dal 20 agosto 2013, la nuova mediazione esplica i suoi effetti dal 21 settembre 2013.

La principale novità, come detto poc'anzi, consiste nella reintroduzione della mediazione obbligatoria nelle materie per le quali già era prevista sotto la vigenza dell'originaria versione del D. lgs. n. 28/2010. Restano escluse le controversie riguardanti il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti: l'esclusione sembrerebbe principalmente dovuta al fatto che le compagnie assicurative, in vigenza della mediazione obbligatoria, solo nel 3,5% dei casi decidevano di comparire all'incontro con il mediatore. Anche per questa ragione, l'istituto della mediazione ha rappresentato un insuccesso di fronte all'obiettivo, posto in essere dal legislatore, di deflazione del contenzioso civile.

D'altro canto, la nuova normativa ha operato un ampliamento in tema di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica. Oggi, infatti, la locuzione indicata dalla disposizione è risarcimento del danno derivante da responsabilità "medica" e "sanitaria". Con tale espressione vengono fugati i dubbi in merito alla piena sottoposizione al tentativo obbligatorio di mediazione di tutti i casi di responsabilità che coinvolgono strutture sanitarie, anche quando si tratti di errore o negligenza del medico o di carenze della struttura, nonché di tutti i casi in cui sono coinvolti i paramedici²⁹.

Alla luce di quanto suddetto, il legislatore governativo ha inteso perseguire la medesima strada ripercorsa nel 2010, facendo attenzione ad utilizzare uno strumento normativo che non entrasse in collisione con "l'eccesso di delega" (già segnalato dalla Consulta) ma che ripropone i medesimi problemi interpretativi segnalati e riguardanti i rapporti tra mediazione quale condizione di procedibilità, procedimenti sommari e

²⁹ Per un approfondimento, v. Fabbri G. *"La mediazione delle controversie civili e commerciali dopo il decreto del Fare"* in *"La Nuova Procedura civile"*, Ravenna 2014, fasc. 2, p. 2.

procedimenti “bifasici”. In definitiva, non si è avuto il coraggio di riformare in toto lo strumento conciliativo al fine di rimodellarlo e adattarlo alle esigenze di un sistema di *civil law*, quale è l’ordinamento italiano.

Timide sono le novità apportate dal “decreto del Fare” e tutte legate alla figura dell’avvocato, che forse costituiscono il tentativo di placare l’avversione del Consiglio Nazionale Forense nei confronti della mediazione.

In primis, le mediazioni attivate sulle materie di cui all’art. 5 comma 1-*bis*, e quelle delegate dal giudice devono svolgersi alla presenza degli avvocati quali assistenti delle parti. La seconda novità riguarda l’art. 12, comma 1, e prevede che se la mediazione giunge a un accordo e tutte le parti sono assistite da avvocati, l’accordo stesso sottoscritto anche dai professionisti costituisce già titolo esecutivo. In questo caso agli avvocati spetta l’attestazione e la certificazione della conformità dell’accordo alle norme imperative e all’ordine pubblico. Resta ferma la possibilità di richiesta di omologa al presidente del Tribunale in tutti gli altri casi. L’ultima novità è contenuta all’art. 16, comma 4-*bis*, e attesta che gli avvocati iscritti all’Albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti negli organismi di mediazione, pertanto, devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati³⁰.

³⁰ Per un approfondimento, v. Colombo C. “*Il ritorno alla mediazione obbligatoria*” in “Focus del decreto del Fare de Il Sole 24 Ore”, Torino 2013, p. 1582.

3. Il “Decreto Balduzzi” e tentativo di riordino della R.C. medica e sanitaria.

La legge 8 novembre 2012, n. 189 (che converte con modificazioni il decreto legge 13 settembre 2012 n. 158, il cd. “Decreto Balduzzi”) interviene nel settore sanitario, tentando di riportare a una sintesi organica la responsabilità sia civile sia penale di colui che l’art. 3 della legge è definito come *“l’esercente la professione sanitaria”*.

Tale normativa si muove verso una triplice direttrice:

- 1) introduce in ambito penale una limitazione speciale di responsabilità ancorata alla colpa lieve e al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica; si fa altresì richiamo, in ambito civile, all’obbligo di cui all’art. 2043 cod. civ. nella determinazione del risarcimento del danno;
- 2) Si fissano alcuni principi cardine in tema di contratto di assicurazione e si crea un fondo (in parte finanziato dai contributi dei medici e in parte dalle compagnie di settore) ai fini della liquidazione del risarcimento del danno;
- 3) Si estende al settore della responsabilità medica e sanitaria l’applicazione delle tabelle per il risarcimento del danno biologico di cui agli artt. 138 e 139 del D.lgs. 209/2005 (cd. “Codice delle Assicurazioni Private”).

Il legislatore se, da un lato, introduce in ambito penale una limitazione della responsabilità operante nel caso in cui la condotta dell’operatore sanitario sia rispettosa delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica e, altresì, è connotata da colpa lieve, si affretta, dall’altro a precisare che *“In tali casi rimane fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 cod.civ.”*. Tuttavia, della condotta di cui sopra il giudice

“tiene debitamente conto anche nella determinazione del risarcimento del danno”³¹.

L’inaspettato richiamo all’art. 2043 cod. civ., non presente nella formulazione del decreto ove si faceva espresso riferimento agli artt. 1176 e 2236 cod. civ., sconfessa *in toto* l’orientamento giurisprudenziale consolidato in tema di responsabilità medica e sanitaria: gli operatori giuridici erano da tempo soliti applicare, in tema di R.C. medica, il regime di responsabilità contrattuale ovvero per inadempimento (v. Cap. II paragrafo 4). In fase di conversione in legge, la struttura e il contenuto dell’art. 3 di cui sopra vengono decisamente sovvertiti e ne esce una norma di stampo essenzialmente penalistico, i cui riflessi sul piano civile non appaiono chiari.

Dalla Relazione Illustrativa alla legge si ricava l’intento di disciplinare, nei modi illustrati, la responsabilità del professionista che opera all’interno di strutture pubbliche o private convenzionate. E una delle prime pronunce a disposizione dell’operatore del diritto³² specifica che la nuova previsione normativa riguarderebbe, appunto, solo le ipotesi di responsabilità per c.d. “contatto” in cui manca un rapporto contrattuale diretto tra paziente e sanitario (come nel caso del medico dipendente) oppure un rapporto atipico di ospitalità, senza che ciò possa sollevare ulteriori problemi interpretativi.

Certamente, dubbi interpretativi sorgono sulle locuzioni, utilizzate dal legislatore, di “linee guida” e di “buone pratiche” e su quale sia la comunità scientifica reputata più idonea a spiegare tali espressioni³³.

³¹ Per un approfondimento V. Breda R. *“La responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. legge Balduzzi: ipotesi a confronto”* in Rivista Italiana di Medicina Legale, Giuffrè Editore, Milano 2013, fasc. 2, p. 754.

³² V. Tribunale di Varese, I Sezione Civile, 26 novembre 2012 n. 1406.

³³ Secondo la definizione resa dall’Institute of Medicine of Washington D.C. (USA) le linee guida sono *“raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte*

Secondo un orientamento dottrinario contrario³⁴, si ritiene che il regime di cui all'art. 1218 cod. civ. sia comunque applicabile e che l'omesso riferimento sia influente in tal senso. Si afferma, infatti, che il mancato riferimento all'art. 1218 cod. civ. non può avere in significato di una esclusione per un duplice ordine di motivi: sia perché, in caso contrario, si introdurrebbe una modifica sostanziale della normativa peraltro discriminatoria rispetto a tutti gli altri professionisti, sia perché dai lavori preparatori non emergerebbe la volontà del legislatore di escludere dall'ambito di operatività dell'art. 1218 la responsabilità dei medici dipendenti da strutture pubbliche e private, anche in coerenza con la realizzazione di un più alto livello di tutela della salute.

Il dibattito, però, rimane aperto e solo un orientamento giurisprudenziale costante nel tempo potrà dipanare ogni dubbio ermeneutico.

4. Vivace contrasto giurisprudenziale in tema di R.C. medica e sanitaria: il caso del Tribunale di Milano.

La responsabilità civile del medico operante in una struttura sanitaria (pubblica o privata) e i relativi criteri di imputazione ai fini del risarcimento del danno, sono stati oggetto di un vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale in quanto, specie dopo

attraverso un processo sistematico allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche".

³⁴ Cfr. Bona M. *"La R.C. medica dopo il decreto-legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta interpretazione e per l'applicazione delle nuove disposizioni"*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN) 2012, p. 25.

l'entrata in vigore della "legge Balduzzi", si è in taluni casi optato per l'orientamento consolidato che riconosce una responsabilità da "contatto" del medico ospedaliero e, in altri casi, si è riconosciuta la responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 cod. civ., anche alla luce della formulazione dell'art. 3, comma 1, della suddetta legge (v. *infra* paragrafo 3).

Al riguardo, è opportuno illustrare qui di seguito il "contrasto" emerso presso il Tribunale di Milano il quale con sentenza Sez. I Civ. 17 luglio 2014 ha "abbracciato" il nuovo orientamento (estensore dott. Fabrizio Gattari) che, in un certo senso, è stato sconfessato da una successiva sentenza Sez. V Civ. 18 novembre 2014, n. 13754 (estensore dott. Andrea Borrelli).

La prima sentenza indicata, in primo luogo, ricostruisce in maniera compiuta le diverse opinioni emerse dalla giurisprudenza di merito e, in un secondo momento, opera una specifica scelta. Infatti, con una pronuncia del Tribunale di Torino del 26/02/2013, si afferma che *"secondo il giudice piemontese, il legislatore del 2012 avrebbe dettato una norma che smentisce l'intera elaborazione giurisprudenziale precedente e l'art. 2043 c.c. sarebbe ora la norma a cui ricondurre sia la responsabilità del medico pubblico dipendente sia quella della struttura sanitaria nella quale opera... per cui l'art. 3 della legge Balduzzi cambierebbe <il diritto vivente> operando una scelta di campo del tutto chiara e congruente con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità e <getta alle ortiche> la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale."*

Con pronuncia del Tribunale di Rovereto del 29/12/2013 si afferma che *"il giudice trentino ha ritenuto invece che nessuna portata innovatrice deriverebbe dalla legge Balduzzi in merito alla responsabilità civile del medico in quanto il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 andrebbe riferito solo al giudice penale per il caso di esercizio dell'azione civile in sede*

penale, mentre la responsabilità del medico andrebbe comunque ricondotta al disposto dell'art. 1218 c.c. in caso di inadempimento e/o inesatto adempimento dell'obbligazione <legale> gravante anche sul singolo operatore sanitario e che troverebbe fonte nella legge istitutiva del S.S.N. (l. n. 833/1978)."

La sentenza in esame, nel prosieguo della trattazione, sconfessa l'interpretazione secondo cui l'art. 3, comma 1, sarebbe legge "penale" o "eccezionale" in quanto tale a disciplinare ex art. 14 delle preleggi solo i casi dalla stessa espressamente previsti perché, in caso contrario, la diversa interpretazione *"porrebbe forti dubbi di legittimità costituzionale, per l'ingiustificata e irragionevole disparità di trattamento e diversità di disciplina che verrebbero a crearsi a seconda che una determinata condotta illecita del medico (causativa di danni risarcibili) venga preventivamente vagliata dal giudice penale o no.*

Il Tribunale di Milano non condivide, altresì, l'opinione secondo cui l'obbligazione del medico avrebbe fonte "legale" in quanto scaturirebbe direttamente dalla legge istitutiva del S.S.N. (l. 833/1978) con conseguente applicabilità del regime giuridico della responsabilità ex art. 1218 c.c. per il risarcimento dei danni derivanti da inadempimento. Ciò perché, a detta del giudice di merito, *"il singolo medico, inserito a vario titolo in complesse strutture... viene di solito in contatto con gli utenti solo perché ciò è insito nell'espletamento delle sue mansioni lavorative (al pari di quanto avviene ad altri dipendenti o collaboratori di pubbliche amministrazioni o di soggetti privati che erogano servizi pubblici)."*

Alla luce di quanto suddetto, il Tribunale di Milano, opera una scelta che pone in essere dei distinguo, con una differenziazione di responsabilità tra il medico che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale e il medico che, con il paziente, non ha formalizzato tale contratto:

“l’art. 3, comma 1, della legge Balduzzi non incide né sul regime di responsabilità civile della struttura sanitaria (pubblica o privata) né su quello del medico che ha concluso con il paziente un contratto d’opera professionale (anche se nell’ambito della cd. attività libero professionale svolta dal medico dipendente pubblico): in tali casi sia la responsabilità della struttura sanitaria (contratto atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria) sia la responsabilità del medico (contratto d’opera professionale) derivano da inadempimento e sono disciplinate dall’art. 1218 c.c., ed è indifferente che il creditore/danneggiato agisca per ottenere il risarcimento del danno nei confronti della sola struttura, del solo medico o di entrambi;

...Omissis...

il tenore letterale dell’art. 3, comma 1, della legge Balduzzi e l’intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti le professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d’opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l’obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell’illecito aquiliano (che il danneggiato ha l’onere di provare).”

Dopo pochi mesi, lo stesso Tribunale, anche se una diversa sezione, forte dell’orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte³⁵, conferma il regime di responsabilità da “contatto” che si instaura tra medico della struttura ospedaliera e paziente/danneggiato con i conseguenti oneri probatori tra loro ripartiti: il paziente ha l’onere di dimostrare il contatto sociale

³⁵ Cfr. Cass. sent. 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. SS. UU. 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. sent. 19 febbraio 2013, n. 4030 e Cass. ordinanza 17 aprile 2014, n. 8940.

(contratto), l'insorgenza o l'aggravamento della patologia e l'inadempimento del debitore che sia risultato astrattamente idoneo a produrre il pregiudizio lamentato; il medico, dal canto suo, ha l'onere di provare che l'inadempimento o l'inesatto adempimento non vi è stato ovvero che, pur sussistendo, non ha rivestito rilevanza eziologica.

In definitiva, la legge Balduzzi piuttosto che uniformare la disciplina della responsabilità medica e sanitaria ha posto in essere un moltiplicarsi orientamenti giurisprudenziali che di certo non danno risposte univoche sull'argomento. A ciò si aggiungono tutte le perplessità che il privato cittadino (desideroso di far valere i propri interessi nelle sedi opportune) manifesta nel momento in cui è obbligato ad esperire la mediazione obbligatoria in un contesto così ampio e complesso, quale è la responsabilità medica e sanitaria!

CAPITOLO IV

NEGOZIAZIONE ASSISTITA E MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE A CONFRONTO: MATERIALI PER UNA RIFORMA.

1) Recenti modifiche legislative: decreto legge 12 settembre 2014 n. 132 convertito in legge 10 novembre 2014 n. 162: la “negoiazione assistita”.

Il Consiglio dei Ministri del 29 agosto 2014, su proposta del Presidente Renzi e del Ministro della Giustizia Orlando, ha approvato lo schema di decreto-legge recante “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile*”: tale decreto è stato definitivamente pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 12 settembre 2014 (D.L. 132/2014) ed è entrato in vigore il giorno successivo. La conversione del decreto è avvenuta con legge 10 novembre 2014 n. 162.

Quello che a prima vista potrebbe apparire come un’accozzaglia di norme eterogenee (basti pensare alle modifiche legislative inerenti alle leggi e alle disposizioni normative sulle separazioni consensuali e divorzi congiunti, sulle spese di giustizia, sul trasferimento del procedimento pendente alla sede arbitrale, sulle procedure di esecuzione forzata, sulla sospensione feriale dei termini e altro), contiene al suo interno un’assoluta novità legislativa che, in sede di conversione del decreto legge, può esplicitare i suoi effetti deflattivi del contenzioso civile in maniera più compiuta rispetto alla mediazione civile e commerciale, così come la abbiamo concepita sino ad oggi in Italia: è la cd. *negoiazione assistita*.

Agli articoli da 2 a 11³⁶ è introdotta una “*procedura di negoziazione assistita da un avvocato*” mediante la quale le parti compongono la lite amichevolmente stipulando una convenzione con l’assistenza dei propri difensori. La prima riflessione che è possibile esternare riguarda un aspetto certamente positivo di tale istituto: non è una rivisitazione della mediazione civile e commerciale di cui al D. lgs. 28/2010 in quanto non si fa alcun cenno a un (eventuale) lavoro preparatorio di un organismo di mediazione e, inoltre, si restituisce dignità al lavoro degli avvocati i quali hanno da sempre promosso tutte le loro cognizioni e competenze al fine di dirimere (e di risolvere) le controversie dei propri clienti nella maniera meno traumatica possibile.

La convenzione di negoziazione assistita da un avvocato è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l’assistenza dei propri avvocati. È redatta in forma scritta, a pena di nullità, ed è altresì conclusa con l’assistenza di un avvocato. La convenzione deve precisare il termine concordato dalle parti per l’espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese.

L’esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (ed è questo l’aspetto, al momento, più peculiare):

- a) per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti;
- b) per le controversie aventi ad oggetto una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i 50.000,00 euro (al di fuori dei casi della mediazione obbligatoria).

L’oggetto della controversia non può in alcun modo riguardare diritti indisponibili.

³⁶ L’art. 7 del decreto-legge in esame, il quale estendeva la possibilità di utilizzare la procedura di negoziazione assistita anche alle controversie di lavoro, è stato soppresso in sede di conversione.

L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita non è condizione di procedibilità della domanda giudiziale:

- a) nelle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori;
- b) nei casi in cui la parte può stare in giudizio personalmente.

Sono fatte salve, al momento dell'entrata in vigore del decreto legge (13 settembre 2014), tutte le disposizioni inerenti i procedimenti per ingiunzione nonché il relativo atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, i procedimenti di accertamento tecnico preventivo, ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696-*bis* c.p.c., nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, nei procedimenti in camera di consiglio e nell'azione civile esercitata nel processo penale: in tutti questi casi, oltre a quelli già elencati, l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La parte che intende promuovere l'azione, tramite il suo avvocato, invita la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. L'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che, la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto, può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 (risarcimento del danno per lite temeraria) e 642, comma 1 (esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo) del codice di procedura civile.

La controparte, entro i trenta giorni dalla ricezione dell'invito rifiuta o non aderisce all'invito (in tal caso rischia di incorrere nelle sanzioni di cui agli artt. 96 e 642 c.p.c.) ovvero aderisce all'invito.

A seguito dell'adesione all'invito, il prodotto finale è costituito dall'accordo raggiunto in sede di convenzione. Tale accordo, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ed è azionabile ai sensi della normativa vigente.

Gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 cod. civ. (atti soggetti a trascrizione), per procedere alla trascrizione dello stesso, la sottoscrizione del verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Costituisce illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato.

Aspetti ancor più peculiari attengono alla convenzione di negoziazione assistita da un avvocato per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica di separazione o di divorzio, ma tutto ciò esula dalla nostra trattazione.

2. Problematiche inerenti all'entrata in vigore della cd. "negoziazione assistita"

Di fronte all'inerzia (o forse all'incapacità) del legislatore parlamentare di assolvere alla sua funzione primaria, il Governo, tramite la decretazione d'urgenza si è visto sostituirsi in innumerevoli casi. In taluni, forse, nel tentativo di "porre una pezza" davanti alle problematichità del Paese ha posto in essere decreti-legge elefantiaci ed eterogenei per materia, che, in sede di conversione, vengono di fatto snaturati dei propri originari contenuti.

Il tutto lo abbiamo potuto constatare altresì in un tema così complesso come quello della responsabilità medica e sanitaria nonché dei relativi criteri di imputazione e, più in generale, nei svariati casi di tentativi di riforma organica del processo di cognizione.

Nella fattispecie in esame, ad esempio, il legislatore del 2014 piuttosto che porre in essere questa nuova tipologia di *alternative dispute resolution* sotto una veste di “alternatività” rispetto alla mediazione civile e commerciale, ha ridotto la negoziazione assistita a una forma “complementare” rispetto all’istituto disciplinato dal D. lgs. 28/2010 e ss. mm., riducendone in via definitiva le proprie potenzialità.

Ad oggi, le leggi in vigore da un lato mettono (forse) in dubbio il perseguimento del diritto di difesa costituzionalmente sancito dall’art. 24 della Carta fondamentale, dall’altro mettono in campo tutta una serie di strumenti che, in antitesi tra loro, anziché perseguire politiche deflative del contenzioso civile fanno emergere il risultato opposto, dall’altro ancora stravolgono ed entrano in contrasto con orientamenti giurisprudenziali assimilati già dall’ordinamento giuridico.

A ciò si aggiunga il fatto che, di certo, il privato cittadino, specialmente in tema di responsabilità medica e sanitaria, guarda con più diffidenza a un ente di mediazione (più o meno capace e specializzato) piuttosto che a un avvocato e al suo ruolo istituzionalmente riconosciuto.

3. Ultimissime novità riguardo al panorama normativo circa la responsabilità medica: legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. legge “Gelli-Bianco”).

L’attività medica e sanitaria si connota, come abbiamo già avuto modo di evidenziare, per essere un’attività pericolosa nella quale il rischio per l’operatore sanitario non può essere interamente eliminato, bensì accettato e consentito entro certi

limiti. Proprio per la irremovibile presenza di una componente di rischio nell'espletamento della professione sanitaria, la responsabilità penale dell'operatore è un ambito che implica la più generica disciplina della responsabilità a titolo di colpa: questa si viene a configurare ai sensi dell'art. 43 cod. pen. *“quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.”*

Con riferimento alla colpa professionale medica, è bene evidenziare come, nel valutare la responsabilità a carico del sanitario, la giurisprudenza ne ritenesse la sussistenza solo in presenza di condotte sorrette da colpa grave, così aderendo a quanto già riconosciuto in ambito civile, secondo il dettato dell'art. 2236 cod. civ. ai sensi del quale il professionista risponde del danno solo in caso di dolo o colpa grave, escludendo qualsiasi rilevanza penale ad eventi cagionati da colpa media o di lieve entità. In altri termini, assumevano rilevanza penale solo quegli errori inescusabili derivanti da ignoranza di fondamentali e basilari conoscenze concernenti l'attività sanitaria ovvero, ancora, da mancanza di prudenza o di perizia, caratteri indefettibili di qualsiasi esercizio della professione medica.

Con l'introduzione della cd. “legge Balduzzi” viene confermata l'esclusione della responsabilità penale del sanitario per colpa lieve quando quest'ultimo, nel porre in essere la sua condotta, si sia attenuto alle linee guida. Infatti all'art. 3 della legge n. 189/2012 *“l'esercente la professione che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve.”* Le linee guida “costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo

che possa costituire un utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. Attraverso di esse si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni, e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta" (cfr. Cass. 29 gennaio 2013, dep. 9 aprile 2013, Pres. Cantore).

Come si può intuire, il regime tracciato dalla cd. "legge Balduzzi" attribuiva un ruolo di primo rilievo alle linee guida e alle buone pratiche assistenziali, introducendo un'innovativa distinzione del diverso grado della colpa, ricadendo nell'area della punibilità quelle condotte che hanno visto il medico conformarsi alle linee guida quando la scelta di discostarsene era di facile intuizione. Infatti, quando (date le contingenze del caso concreto) il discostarsi dalle linee guida fosse apparsa una necessità facilmente riconoscibile sulla scorta di basilari cognizioni e, ciononostante, il sanitario abbia continuato ad agire in conformità a esse, la sua condotta sarebbe stata punibile a titolo di colpa grave. Anche la giurisprudenza, inoltre, aveva contribuito a delimitare l'area di non punibilità prevista dalla normativa in esame affermando che la rilevanza penale in caso di colpa lieve si sarebbe esclusa soltanto quando l'attività del sanitario fosse conforme a lieve guida contenenti regole di perizia (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16944) dovendosi, invece, ritenersi sussistente in presenza di errori diagnostici derivanti da negligenza o imprudenza (cfr. Cass. pen., 24 gennaio 2013, n. 11943).

La legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. legge "Gelli-Bianco"), dal canto suo, introduce alcune significative novità rispetto alla normativa previgente. In particolare, l'art. 6 rubricato "Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria" prescrive dopo, l'art. 590-quinquies cod. pen., l'inserimento del seguente art. 590-sexies ("Responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario"):

“Se i fatti di cui agli artt. 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche cliniche-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.”

È opportuno, fin da subito, evidenziare che la nuova normativa:

- colloca la speciale disciplina della colpa medica all’interno del codice penale;

- elimina, al fine del giudizio sulla responsabilità in sede penale, il riferimento al grado della colpa;

- limita l’esclusione della responsabilità penale in caso di osservanza delle sole linee guida ai soli reati di omicidio e lesioni.

L’art. 5 della legge “Gelli-Bianco”, dal canto suo, rubricato “Buone pratiche cliniche-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida”, analizzato in combinato disposto con l’art. 6 suesteso, permette di leggere le seguenti conclusioni:

- la normativa elenca una selezione di condotte tenute dal sanitario nell’esecuzione delle quali il rispetto delle linee guida dà luogo al beneficio dell’irresponsabilità; non più, sempre in astratto, qualsivoglia attività posta in essere dal sanitario, bensì solamente quelle che costituiscono l’estrinsecazione dell’esercizio di una delle tradizionali attività mediche: la

prevenzione, la diagnosi, la cura, la riabilitazione, la palliazione, la medicina legale;

-vi è un sostanziale obbligo per il sanitario di attenersi, nella normalità dei casi, a quanto previsto dalle linee guida;

-vi è la circostanza che, almeno apparentemente, ma solamente alcune linee guida (e precisamente quelle emanate da enti pubblici o privati nonché da società scientifiche e associazioni tecnico-scientifiche iscritte nell'elenco del Ministero della Salute e inserite nel Sistema Nazionale per le Linee Guida) sono i testi cui i medici e i sanitari devono attenersi.

Conseguentemente, l'esclusione della responsabilità per colpa lieve è stata condizionata alla circostanza che il medico abbia effettivamente eseguito una linea guida che, tuttavia, nel caso pratico non doveva essere seguita ovvero al fatto che il sanitario, nel seguire una linea guida, abbia compiuto un errore.

Siffatta interpretazione, però, pare porsi in frontale contrasto con il principio di libertà terapeutica, con il diritto alla salute e con il diritto all'autodeterminazione del paziente, garantiti dagli artt. 32 e 33 Cost., in quanto prospetta al sanitario un beneficio da un punto di vista del possibile risvolto penale delle sue azioni, condizionato però all'esecuzione delle proprie prestazioni in possibile difformità dalle conoscenze scientifiche più recenti e dalla volontà del paziente. Per rendersi conto di tali problematiche, è possibile ipotizzare due casi la cui insorgenza può facilmente essere riscontrabile nella prassi quotidiana.

Nel primo caso un medico, particolarmente zelante e attento al proprio aggiornamento professionale, apprende a un convegno internazionale (cui partecipano i più illustri studiosi di un dato tema) una metodologia maggiormente efficace di quelle fino a quel momento conosciute e impiegate presso la comunità

scientifica, per gestire una determinata patologia, la cui descrizione è già stata pubblicata sulle più importanti riviste di settore, ma non ancora recepita dalle linee guida.

Nel secondo caso, un sanitario è a conoscenza di una tecnica di cura la cui validità scientifica è pacifica perché anch'essa recepita in riviste scientifiche di settore la quale (pur non essendo cristallizzata in una linea guida) è a suo giudizio meglio aderente alle esigenze del paziente, che peraltro vorrebbe seguire tale percorso e non, invece, quello previsto dalle linee guida.

Nelle ipotesi sopra descritte, il sanitario è posto di fronte a scelte drammatiche, ossia se seguire quanto previsto dalle linee guida e beneficiare dell'esclusione di responsabilità, ovvero applicare una tecnica aggiornata (come nel primo caso) o un percorso terapeutico riconosciuto e condiviso con il paziente (come nel secondo caso) senza beneficiare, però, dell'esenzione di responsabilità.

Come detto precedentemente, il condizionamento del beneficio dell'irresponsabilità penale all'adesione alle linee guida appare lesivo del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione del paziente di cui all'art. 32 Cost., nonché del principio di libertà terapeutica garantito dall'art. 33 Cost. Riguardo al primo caso, infatti, per escludere la responsabilità penale, si induce il medico a non rappresentare al paziente le tecniche o le possibilità terapeutiche magari più aggiornate e cristallizzate nella comunità scientifica di riferimento ma non ancora recepite in linee guida. Nel secondo caso, sempre al fine di escludere la responsabilità penale, il medico viene indotto a seguire non la tecnica che gli appare preferibile in ragione del complesso di conoscenze scientifiche di cui è in possesso ma, ancora una volta, quelle cristallizzate nelle cd. linee guida.

Ancora una volta, attesa la “provvisorietà” della normativa di riferimento, il dibattito rimane aperto, in quanto ci troviamo di fronte a una casistica (anche da un punto di vista giurisprudenziale) non uniforme.

4. Problematiche inerenti al “consenso informato.”

In tema di responsabilità medica, la giurisprudenza sia civile che penale, con frequenti pronunce che sanzionano e condannano al risarcimento dei danni dovuti a errore medico ed alla imputazione dei costi conseguenti, si è orientata verso un mutamento di visione incentrato sempre più sulla tutela della vittima ed al ristoro del danno sofferto.

Nell’ambito della responsabilità professionale del medico il paziente che lamenti un danno deve provare il titolo ed il nesso causale intercorrente tra l’azione o l’omissione del medico e l’evento dannoso, allegando il solo inadempimento del debitore. Quest’ultimo avrà, di converso, l’onere di provare l’esatto adempimento ovvero di avere tenuto un comportamento diligente nell’adempimento della prestazione. Allo stato si possono individuare alcune linee guida formulate dalla giurisprudenza in tema di responsabilità medica. In tale ambito i netti confini tra responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale sono progressivamente sfumati e si può condividere la tesi che si tratti in sostanza di una nuova configurazione giuridica che partecipa dei caratteri di entrambe le responsabilità. Si prenda, ad esempio, l’orientamento giurisprudenziale che ha considerato applicabile anche alla responsabilità aquiliana l’art. 2236 cod. civ. che limita la responsabilità del professionista al dolo e alla colpa grave, allorquando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

La responsabilità medica si è incentrata, dunque, sul danneggiato individuando il termine di prescrizione dell'azione, ordinario decennale per il contratto e quinquennale per l'illecito. La difficoltà nella individuazione delle cause del danno o il verificarsi delle conseguenze a distanza di tempo dall'intervento medico rendono difficoltoso fare valere il termine abbreviato; di conseguenza, il danneggiato è favorito nel percorrere la via contrattuale. Il rapporto contrattuale (e conseguentemente la responsabilità medica) si è al contempo connotato di una nuova fisionomia in ragione della teoria del cd. "contatto sociale."

L'obbligazione del medico, in considerazione della rilevanza pubblica dell'attività, si sostanzia nel contatto sociale caratterizzato dall'affidamento che il paziente ripone in lui, il quale svolge un'attività lavorativa avente ad oggetto beni costituzionalmente tutelati. Anche in tale ipotesi, la giurisprudenza di legittimità ha mediato tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale stabilendo che la professionalità del medico qualifica sin dall'origine la sua opera traducendosi in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento entrando "in contatto" con questi. La responsabilità da contatto realizza cioè una responsabilità da inadempimento, non del contratto ma di obbligazioni che la giurisprudenza va individuando.

Come detto precedentemente, la responsabilità medica si è mossa negli ultimi anni nella direzione di una crescente tutela del paziente e, in tale ottica anche l'informazione che il medico è tenuto a prestare al paziente si è elevata a imprescindibile elemento di integrazione della prestazione sanitaria. Pertanto, gli eventuali profili di risarcimento del danno conseguono alla mancata informazione che determina l'inadempimento contrattuale; alla lesione del diritto assoluto all'informazione consegue, invece, l'illecito extracontrattuale.

L'obbligo di informazione da parte del medico al paziente è previsto nel codice medico deontologico del 2014, all'art. 30, in base al quale l'operatore è tenuto a fornire al paziente l'informazione più idonea relativamente alla diagnosi, alla prognosi, alle prospettive e alle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, oltre che a ogni eventuale informazione richiesta dal paziente. Il medico è tenuto quindi a contemperare le due opposte esigenze quali, da una parte, il rispetto del principio di "beneficialità" che si sostanzia nel dovere di evitare quanto possibile al paziente fattori traumatici (a maggior ragione in assenza di dati certi) e, dall'altra, l'obbligo di informare correttamente e in maniera esauriente il medesimo.

Il livello di tutela garantito al paziente non deve essere di ostacolo all'esercizio dell'attività professionale del medico nell'intrapresa della cura prescelta. L'obbligo di informazione è preliminare e condizionante alla prestazione del consenso libero e il mancato adempimento circa la portata, la difficoltà e i rischi di complicazione dell'intervento o della terapia, comporta la responsabilità del medico per ogni esito negativo risentito dal paziente. Insieme all'adempimento del dovere di informazione, la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento derivino effetti lesivi o mortali per il paziente.

L'obbligo di informazione è evidentemente finalizzato a consentire al paziente di esprimersi riguardo al consenso al trattamento medico in maniera ponderata, in considerazione dell'informazione completa ricevuta. Il consenso del paziente è dunque necessario ai fini della legittimità della prestazione medica.

Riguardo al regime dell'onere della prova, in tema di consenso informato la giurisprudenza, in un primo momento, aveva individuato nel paziente il soggetto cui spettava l'onere di

provare il mancato assolvimento dell'obbligo di informazione da parte del medico. Successivamente, ha mutato avviso ritenendo che spetti al medico l'onere di provare di avere adeguatamente informato il paziente in ordine alla prestazione sanitaria. Inoltre, anche la prova del consenso del paziente compete al medico.

In una recentissima sentenza, la Suprema Corte (cfr. Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7516) ripercorre la “definizione” di consenso informato sostenendo che *“l’informazione dovuta dal medico al paziente circa la natura dell’intervento, i suoi rischi, i possibili benefici a esso connessi, le possibili alternative terapeutiche, è coessenziale all’esercizio del diritto alla salute.”* Conseguentemente, informare il paziente non sarebbe dunque un atto formale né rituale inutile: esso serve a metter il paziente in condizione di scegliere a ragion veduta. Pertanto, *“se il paziente sia già, per qualsivoglia causa, perfettamente consapevole delle conseguenze delle proprie scelte, mai potrà chiedere alcun risarcimento dal medico che non lo informi: non perché la condotta di quest’ultimo sia scriminata, ma perché qualsiasi conseguenza svantaggiosa dovrebbe ricondursi causalmente alle scelte consapevoli del paziente, piuttosto che al deficit informativo del medico.”*

5. Prospettive di riforma.

Una volta analizzati aspetti e limiti della mediazione civile e commerciale in tema di responsabilità medica e sanitaria, scopo di tale dissertazione è quello di poter delineare delle prospettive di riforma in tema di processo di cognizione, magari collegandole con le più svariate tipologie di *alternative dispute resolution*: tale coordinamento deve nascere non solo per un necessario adeguamento dell'ordinamento giuridico interno alle normative europee ma deve costituire, altresì, un ventaglio di opportunità “giudiziali” e “stragiudiziali” azionabili da parte del soggetto desideroso di fare valere i propri diritti e interessi, sempre nel rispetto degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Qui di seguito, è possibile tracciare un possibile percorso.

- 1) Riforma del Titolo IV della Parte Seconda della Costituzione³⁷: visti i vani tentativi di riforma della Parte Seconda della Costituzione³⁸ che si sono succeduti nelle legislature, sembrerebbe opportuno riformare la Legge fondamentale dello Stato a “compartimenti stagni”, ciascuno con un proprio d.d.l. costituzionale. Nel caso della giustizia, pertanto, riscrivere il Titolo IV della Parte Seconda della Costituzione prevedendo magari un tassativo riparto di giurisdizione tra magistratura togata e magistratura onoraria. Le liti con riserva di giurisdizione e, pertanto, di competenza della magistratura togata dovrebbero riguardare *a)* le controversie aventi ad oggetto i diritti fondamentali della persona; *b)* le controversie aventi ad oggetto diritti tecnicamente complessi e *c)* le liti riconducibili a interessi economici di una notevole portata. Tutte le controversie,

³⁷ A tal proposito, si segnala per un ulteriore approfondimento il “*Progetto di Riforma del titolo IV della Parte II della Costituzione*” contenuto nel d.d.l. costituzionale 7 aprile 2011 n. 4275.

³⁸ Da ultimo il progetto di riforma della Costituzione ultimato e depositato dalla Commissione Bicamerale per le Riforme presieduta da D'Alema nel 1997, a cui non è stato dato seguito.

fuori dalla riserva di giurisdizione potrebbero essere decise, dalla magistratura onoraria ovvero dall'accesso a un "ventaglio" di *alternative dispute resolution* meglio disciplinate: il soggetto, in tal caso, deve potere optare tra il ricorso alla magistratura onoraria o ad una procedura ADR, sempre nel rispetto dei principi dettati dagli artt. 3, 24 e 111 Cost.

- 2) Salvaguardia di taluni precetti del processo di cognizione:
quale che sia la strada che voglia intraprendere il legislatore, anche in assenza di "elefantiache" riforme costituzionali, in caso di riscrittura per legge ordinaria, è possibile salvaguardare taluni istituti già disciplinati in seno al codice di procedura civile quali gli articoli 92 (Condanna alle spese per singoli atti/Compensazione delle spese), 96 (Responsabilità aggravata), i quali pongono in essere delle sanzioni nel caso in cui sia stata incardinata una lite "temeraria", nonché l'art. 185-*bis* (Proposta di conciliazione del giudice) il quale rientra nella possibilità di chiudere anticipatamente un processo di cognizione già incardinato. In seno a questa sorta di "salvaguardia", sembrerebbe opportuno ribadire che vi sono tematiche in seno alla responsabilità medica e sanitaria (quali ad esempio quella relativa al "consenso informato" e alla risarcibilità del suo danno) che possono essere meglio seguite "ai fini di giustizia" solo e soltanto attraverso il ricorso al processo ordinario di cognizione e non attraverso l'istruzione tecnica preventiva. È evidente, infatti, che taluni percorsi risarcitori possano essere perseguiti attraverso gli istituti incardinati all'interno dello processo di cognizione quali ad esempio le memorie ex-art. 183, comma VI, cod. proc. civ. (formulazione della prova testimoniale e/o della relativa prova contraria).
- 3) Salvaguardia degli istituti processuali di cui agli artt. 696 e 696-*bis* c.p.c.: l'accertamento tecnico e ispezione giudiziale

nonché la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite rappresentano, ad oggi, gli strumenti più idonei per la risoluzione delle controversie in tema di responsabilità medica e sanitaria, sia per il rispetto i tutti i principi che regolano il contenzioso giudiziale, sia per la celerità di svolgimento di tale contenzioso. Pertanto, sembrerebbe più che plausibile salvaguardarli, anche in ottica di un'eventuale riforma organica del processo civile.

- 4) Salvaguardia delle norme inerenti all'efficacia di titolo esecutivo e di iscrizione di ipoteca giudiziale dei verbali di accordo: quale che sia il riordino che il legislatore darà alle *alternative dispute resolution*, è plausibile che vengano salvaguardate le norme relative all'efficacia di titolo esecutivo e di iscrizione di ipoteca giudiziale che scaturiscono dai verbali di accordo a seguito di esito positivo della mediazione civile ovvero della negoziazione assistita.

6. Conclusione.

In definitiva, è stata illustrata la mediazione civile come il risultato ultimo della “ricucitura” tra le parti o come il tentativo di porre in essere tale determinazione (il più delle volte accade questa seconda ipotesi).

Le parti possono avere interessi non sempre conciliabili o convergenti tra loro. In tema di responsabilità medica e sanitaria, ad esempio, si pensi alla posizione dell'assicuratore che voglia ridurre i costi dovuti all'incertezza di un giudizio e quelli del proprio cliente (l'assicurato) che può non volere riconoscere una responsabilità (non ritenuta esistente o non percepita come tale) per non vedere aumentato il proprio premio assicurativo ovvero

per il danno d'immagine che ne deriverebbe dalla liquidazione del premio in favore del danneggiato.

Nel caso contrario, da un lato, potrebbe essere l'assicuratore a negare in maniera risoluta ogni pagamento, non ravvisando estremi di responsabilità e, dall'altro l'assicurato (il medico o la struttura ospedaliera) preferirebbe pagare un premio minore, in sede stragiudiziale, piuttosto che correre il rischio di liquidare un risarcimento del danno più elevato, alla fine di un contenzioso incardinato in sede ordinaria.

In una ulteriore ipotesi, è possibile che sia l'assicuratore a trovare più economica la liquidazione di una somma piuttosto che affrontare i rischi del contenzioso giudiziale, mentre l'assicurato (nel caso in cui sia un ente pubblico) si deve, a sua volta, confrontare con la problematica del danno erariale e con l'eventuale segnalazione alla Corte dei Conti: pertanto, trova parecchie difficoltà nel firmare il verbale di conciliazione.

Allo stato attuale, con le norme vigenti, è poco probabile che la tecnica della mediaconciliazione possa continuare a essere impiegata in campo medico e sanitario, senza una revisione complessiva delle *alternative dispute resolution* che tenga conto di una loro coordinazione con i "procedimenti speciali" disciplinati dal codice di procedura civile. Le legittime preoccupazioni dei pazienti/danneggiati e quelle, altrettanto legittime della categoria medica, sempre più esposta ad accuse e complessivamente minacciata da ingenerosi pregiudizi, inducono a ritenere che una complessiva revisione della disciplina in esame sia improcrastinabile.

Nell'immediato, è possibile apportare dei miglioramenti anche con il semplice utilizzo della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale di un decreto ministeriale o di altra fonte normativa di rango secondario. Tali strumenti potrebbero intervenire:

- 1) sull'innalzamento qualitativo dei *curricula* dei formatori e dei mediatori. Il formatore, ad esempio, dovrà essere in grado di apprestare una formazione adeguata anche a coloro che ambiscono alle funzioni di mediatori;
- 2) sui rapporti interni tra mediatori e organismo di mediazione ovvero tra organismi di mediazione;
- 3) sui costi di accesso alla mediazione civile e commerciale e, più in generale, sui compensi e onorari da riconoscere ai mediatori, magari parametrando ai risultati conseguiti. Più in generale, tali oneri non devono comunque in alcun modo manifestarsi come un “doppione” rispetto ai costi di accesso alla giustizia che dovrebbero essere affrontati successivamente, in caso di insuccesso della mediazione.

In tema di modifiche alla negoziazione assistita ovvero alla mediazione obbligatoria, anche in tema di responsabilità medica e sanitaria, quale che sia la strada che intenderà percorrere il legislatore (e sempreché la voglia percorrere) bisogna avere chiaro un concetto: l'idea che l'adesione alle *alternative dispute resolution* può nascere esclusivamente dal libero incontro delle parti. Pertanto, è il legislatore che deve dare vita a tutti quegli strumenti che possano promuovere il libero incontro delle parti, in sede giudiziale o stragiudiziale.

L'alternativa è semplicemente lo *status quo*, l'esplicarsi di tutti quegli strumenti già posti in essere dall'ordinamento che hanno generato, da un lato, sfiducia nei confronti dell'attore che necessita di “giustizia” e, dall'altro, ricostruzioni giurisprudenziali contraddittorie, anche di fronte a controversie a prima lettura analoghe.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- **Ambrosi I.:** *“Cenni sulla proposta di direttiva europea relativa a determinati aspetti della mediazione per la risoluzione e la composizione amichevole extragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale”* in *“Famiglia, persone e successioni”*, UTET Giuridica, Torino 2006, fasc. 3, pp. 276-283.
- **Ansanelli V.:** *“La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità”*, Giuffrè Editore, Milano 2011, pp. 253-298.
- **Bona M.:** *“R. C. medica e mediazione obbligatoria: critiche al modello governativo”* in *“Rivista italiana di Medicina legale”*, Giuffrè Editore, Milano 2011, fasc. 3, pp. 595-654;
- **Bona M.:** *“La R.C. medica dopo il decreto-legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta interpretazione e per l'applicazione delle nuove disposizioni”*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN) 2012, p. 25 e ss.
- **Bove M.:** *“Giustizia civile: parte la negoziazione assistita e l'avvocatura ha un ruolo chiave nel sistema”* in *“Guida al Diritto”*, Il Sole 24 Ore S.p.A., Milano 27 settembre 2014, pp. 14-106.
- **Breda R.:** *“La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. legge Balduzzi: ipotesi a confronto”* in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, Giuffrè Editore, Milano 2013, fasc. 2, p. 754.
- **Briguglio A.:** *“L'ottimistico Decreto-legge sulla degiurisdizionalizzazione e il trasferimento in arbitrato delle cause civili”*, in *“Rivista dell'Arbitrato”*, Giuffrè Editore, Milano 2014, fasc. 4, pp. 633-640.
- **Briguglio A.:** *“Il trasferimento in arbitrato dei procedimenti civili pendenti e le altre disposizioni sulla negoziazione assistita nel recentissimo Decreto Legge in materia di giustizia civile. Testo del Decreto ed Osservazioni dell'A.I.A. sul Progetto”*, in *“Rivista dell'Arbitrato”*, Giuffrè Editore, Milano 2014, fasc. 4, pp. 653-666.
- **Bruno C. E.:** *“La mediazione civile tra dubbi interpretativi e prospettive di riforma”* in *“Vita Notarile”*, Edizioni Buttitta, Palermo 2012, fasc.1, pp. 217-228.
- **Capobianco E.** *“Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell'ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale” (Parte I e II)* in *“Vita Notarile”*, Edizioni Buttitta, Palermo 2012, fasc. 3, pp. 1429-1461.
- **Carnevale P.:** *“La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230/2010”* in *“Giurisprudenza costituzionale”*, Giuffrè Editore, Milano 2010, fasc. 8, p. 3612.
- **Carnevali U.:** *“La nuova mediazione civile”* in *“I Contratti”*, Giuffrè Editore, Milano 2010, fasc. 5, pp. 439 e ss.
- **Colombo C.:** *“Il ritorno alla mediazione obbligatoria”* in *“Focus del decreto del Fare de Il Sole 24 Ore”*, Torino 2013, p. 1582 e ss.
- **Comandé G.:** *“Riduzione del rischio clinico e mediazione civile assenti nelle misure sulla responsabilità medica”* in *“Guida al Diritto”*, Il Sole 24 Ore-Gruppo 24 Ore, Torino 2012, fasc. 39, pp. 9-10.
- **Corbi C.:** *“L'evoluzione normativa, giurisprudenziale e negoziale della mediazione civile e commerciale”* in *“Rivista dell'arbitrato”*, Giuffrè Editore, Milano 2012, fasc. 3, pp.691-722.

- **Di Giacinto A., De Amicis I.:** *“La nuova funzione conciliativa dell’accertamento tecnico preventivo”*, in *“Ventiquattro Ore Avvocato”*, Gruppo Il Sole 24 Ore, fasc. 4, Milano 2006, pp. 61-70.
- **Fabbri G.:** *“La mediazione delle controversie civili e commerciali dopo il decreto del Fare”* in *“La Nuova Procedura civile”*, Ravenna 2014, fasc. 2, p. 2 e ss.
- **Fabiani M.:** *“Accertamento tecnico preventivo e consulenza preventiva nei casi di colpa medica e chirurgia estetica”* in *“Il Civilista”*, Giuffrè Editore, Milano 2008, fasc. 5, pp. 20-29.
- **Faccioli M.:** *“L’onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all’Europa”* in *“La Responsabilità civile”*, UTET Giuridica, Torino 2012, fasc. 5, pp. 333-338.
- **Faccioli M.:** *“La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l’avvento della legge Balduzzi”* in *“La Nuova Giurisprudenza Commentata”*, CEDAM, Padova 2014, fasc. 2 parte seconda, pp. 97-114.
- **Favale R., Gambini M.** (a cura di): *“Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari”*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013.
- **Gromek-Broc K., Smioldo E.:** *“Duty of care e Standard of Care nella tutela risarcitoria per responsabilità medica nel common law”* in *“Contratto e Impresa-Europa”*, CEDAM, Padova, 2011, fasc. 2, pp. 495-525.
- **Impagnatiello G.** *“La mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al d. lgs. 28/2010 nella cornice europea”* in www.judicium.it
- **Locatelli L.:** *“La responsabilità medica in Italia: tracciato di un’evoluzione”* in *“La responsabilità civile”*, UTET Giuridica, Torino 2007, fasc. 11, pp. 924-934;
- **Meani S.:** *“Conciliazione in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica: spunti di riflessione sulla scorta dell’esperienza americana”* in *“Il Corriere giuridico”*, IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, Milano 2011, fasc. 8, pp. 1163-1171.
- **Palazzo F.:** *“Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali”* in *“Diritto penale e processo”* UTET Giuridica, Torino 2009, fasc. 9, pp. 1061-1066.
- **Partenza I.:** *“La conciliazione in materia di responsabilità medica ed assicurativa nel D. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e l’assicurazione di responsabilità civile e sanitaria”* in *“Assicurazioni”*, IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, Milano 2011, fasc. 1, pp. 81-88.
- **Peebles R.:** *“ADR: un panorama delle alternative alla causa civile”*, in *“Rivista del Notariato”*, Edizioni Giuffrè, Milano 2003, fasc. 1, pp. 11 e ss.
- **Pera A., Riccio G. M.** (a cura di): *“Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale”*, CEDAM, Padova 2011.
- **Perotti S., Avanza M., Vassalini M.:** *“Riflessioni sulla nuova disciplina della mediazione (D. lgs. 4 marzo 2010, n. 28) e sue possibilità applicative in tema di responsabilità professionale medica”* in *“Rivista italiana di Medicina legale”*, Giuffrè Editore, 2011, fasc. 3, pp. 655-671.
- **Romeo F.:** *“Responsabilità medica e mediazione delle controversie”* in *“La responsabilità civile”*, UTET Giuridica, Torino 2012, fasc. 11, pp. 739-745.

- **Ruffini Gandolfi M. L.:** *“In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi”* in “Giustizia civile”, Giuffrè Editore, Milano 2013, fasc. 7-8, pp. 293-304.
- **Scarano G., Carnevale A.:** *“Dal conflitto alla conciliazione: nuove opportunità di soluzione delle controversie in tema di responsabilità medica”* in “Rivista italiana di Medicina legale”, Giuffrè Editore, Milano 2009, fasc. 3, pp. 539-566.
- **Sciacca S., Scovazzo S.:** *“Nozione di danno e perimetro risarcitorio in tema di responsabilità medica”* in “Danno e responsabilità”, IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, Milano 2010, fasc. 11, pp. 989-997.
- **Tiscini R.:** *“L’esito positivo della mediazione civile e commerciale del d. lgs. n. 28 del 2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali”* in “Rivista dell’esecuzione forzata”, UTET Giuridica, Torino 2011, fasc. 3, pp. 377-405.
- **Viotti S.:** *“Brevi spunti per una configurazione unitaria delle Alternative dispute resolution (ADR)”* in “Giustizia Civile: Rivista mensile di Giurisprudenza”, Giuffrè Editore, Milano 2013, fasc. 11/12, pp. 825-840.
- **Zweigert K., Kotz K.:** *“Introduzione al diritto comparato. Voll. II. Istituti”*, Giuffrè Editore, Milano 2011.